Das Reichsgesetz vom 1. Juni 1909 über die Sicherung der Bauforderungen im Verhältnis zu § 648 B.G.B.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Otto Höchtl

aus Sulzbach (Obpf.)

Rechtspraktikant am K. Amtsgericht zu Straubing.

Approbiert am 15. November 1910.

Druck von M. Meyer & H. Zeitler-Straubing.

Referent: Universitäts-Professor Dr. Oertmann.

Inhaltsübersicht.

A. Einleitung:

§ 1. Die Schutzgesetzgebung im allgemeinen 7

§ 2. Die Entstehung des § 648 B. G B. und des Reichsgesetzes über die Sicherung der Bauforderungen . . 10

§ 3. Frage nach dem Verhältnis der beiden gesetzlichen Bestimmungen und Richtpunkte zu deren Lösung . . 13

B. I. Teil: Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen — eine bedeutende Erweiterung und Verstärkung des Schutzes des § 648 B. G. B.

§ 4. § 648 B. G. B., seine Bedeutung für den Schutz der Bauhandwerker, seine Unzulänglichkeit. (Kreis der berechtigten Personen. — Schützende Maßnahmen) . 14

§ 5. Das Bauforderungsicherungsgesetz, sein Schutz für die Bauhandwerker und Lieferanten 20

I. Kreis der berechtigten Personen 20

II. Schützende Maßnahmen des B. F. S. G. 24

1. Allgemeine Sicherungsmaßregeln.

2. Die dingliche Sicherung der Bauforderungen.

II. Teil: Prozessuales Verhältnis des Bauforderungsicherungsgesetzes zu § 648 B. G. B. Inwiefern schließt die Anwendung des einen Gesetzes die Geltendmachung des anderen aus?

§ 6. Welche Stellung nimmt das Bauforderungsicherungsgesetz als ganzes dem § 648 B. G. B. gegenüber ein? 44

§ 7. Bauhypothek gemäß des B. F. S. G. und Sicherungshypothek gemäß § 648 B. G. B. 51

§ 8. Sicherheitsleistung gemäss § 12 Abs. 1 B. F. S. G. und Sicherungshypothek gemäß § 648 B. G. B. 60

§ 9. Qualifizierte Haftung der Eigentümer des § 12 Abs. 2 B. F. S. G. und Sicherungshypothek gemäß § 648 B. G. B. 71

C. Schluss:

§ 10. Ergebnis der Untersuchungen 75

Literaturverzeichnis.

Achilles, B. G. B. 6. Aufl., Berlin, Guttentag 1909.

Bendix, in Gruchots Beiträgen, Bd. 49 Seite 293 u. f.

Bericht der 13. Kommission zur Vorberatung des Gesetzentwurfes über die Sicherung der Bauforderungen, Drucksachen des Reichstags No. 1275, 12. Legislaturperiode, 1. Session 1907/09.

Biberfeld, die Sicherung der Bauhandwerker nach dem geltenden Recht und den neuen Gesetzentwürfen, Berlin 1902.

Budde, Deutsche Juristenzeitung 1906 Seite 1221 ff.

— Derselbe, im Bankarchiv Bd. 6 Seite 237 ff.

Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1906.

Entwurf eines Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen nebst Begründung, Drucksachen des Reichstags No. 365, 12. Legislaturperiode, 1 Session 1907/09.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Freytag u. Haubensack, Das B. F. S. G. 1. Aufl., Tübingen 1909 bei A. & S. Weil.

Friedländer, Seufferts Bl. f. R. A. Bd. 69 Seite 196.

— Derselbe, in der Zeitschrift für Rechtspflege 1909 S. 196 u. f.

Glaser, in der Deutschen Juristenzeitung 1909 Seite 1362 u. f.

Güthe, Zeitschrift des Deutschen Notariatsverbandes Bd. 7 Seite 77 u. f.

Hagelberg, in der juristischen Wochenschrift 1906 Seite 730 u. f.

— Derselbe, in der juristischen Wochenschrift 1909 Seite 446 u. f.

— Derselbe, Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen, Berlin 1909 bei Franz Vahler.

Harnier, in der Deutschen Juristenzeitung 1906 Seite 1118 u. f.

— Derselbe, in der Deutschen Juristenzeitung 1909 Seite 1307 u. f.

— Derselbe, Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen, Berlin 1909 bei Guttentag.

Hecht u. Frank, Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen, Mannheim-Leipzig 1909 bei Bensheimer.

Heinitz, in der Deutschen Juristenzeitung 1906 Seite 1307 u. f.

Henle, im Recht 1906 Seite 69 u. f.

Heymann, im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 21 Seite 389 u. f.

Hopmann, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 30 Seite 224 ff.

Jacobi, Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen, München-Berlin 1910.

Janker, Der Entwurf eines Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen, seine geschichtliche Entwicklung und bisherige Kritik. Erlangen. Dissertation 1909.

Kommentar zum B. G. B., erläutert von Reichgerichtsräten, 1910, Sebald, Nürnberg-Leipzig.

Kretzschmer, in den Blättern für R.-A. Bd. 74 Seite 621 ff., 656 ff.

Kuhlenbeck, Das B. G. B., Karl Heymanns Verlag, Berlin 1903.

Motive zum B. G. B.

Munk, in Gruchots Beiträgen Bd. 42 Seite 396 ff.

— Derselbe, in der Deutschen Juristenzeitung 1907 Seite 557.

Oberneck, Das deutsche Reichsgrundbuchrecht, Berlin, 4. Aufl., Karl Heymanns Verlag.

Oertmann, im Archiv für soziale Gesetzgebung Bd. 12 Seite 35 ff.

— Derselbe, in Conrads Jahrbüchern Bd. 60 Seite 87 ff., 266 ff., 387 ff.

— Derselbe, im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 20 Seite 252 ff.

— Derselbe, Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar zum B. G. B. 3. Aufl., Berlin 1910, Karl Heymann.

Plank, B. G. B. und Einf. Ges. 3. Aufl., Berlin 1904—1908.

Polenske, Forschungen zur Bodenreform, Heft 3 1910. Der Baugläubigerschutz im Mittelalter und in der Neuzeit. Jena bei Fischer.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des B. G. B.

Scherer, Juristische Wochenschrift 1902 Seite 209 u. f.

Schneider, die Gesetzentwürfe zur Sicherung der Bauforderungen vom Jahre 1901, Berlin 1901 bei Guttentag.

Simon, im Recht 1907 Seite 175.

— Derselbe, Das Bauforderungsicherungsgesetz, Deutsche Verlagsanstalt, 1909.

— Derselbe, im Recht 1910 Seite 344 (Aprilsitzung der juristischen Gesellschaft).

Simonsohn, Der gesetzliche Schutz der Bauhandwerker, Dissertation, Greifswald 1900.

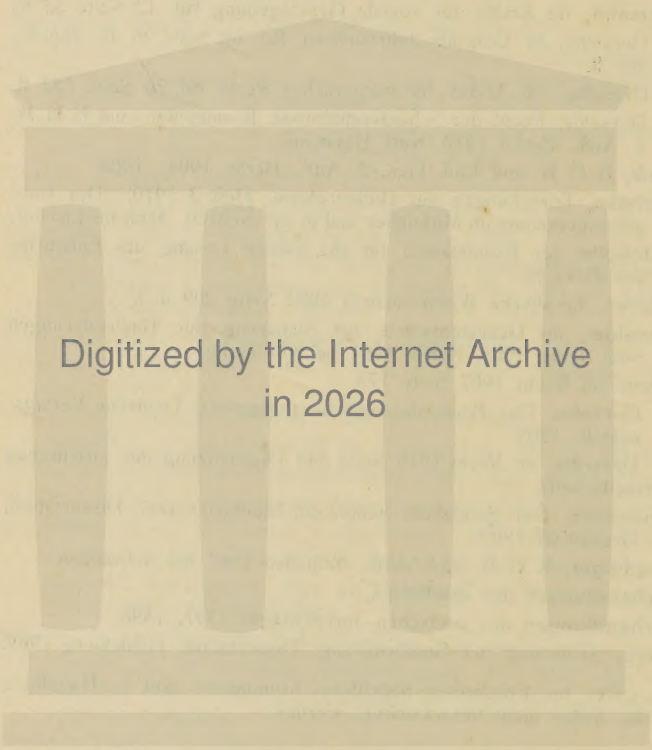
Staudinger, B. G. B. 3./4. Aufl., München 1907 bei Schweitzer.

Verhandlungen des Reichstags.

Verhandlungen des deutschen Juristentages 1897, 1898.

Zipse, Sicherung der Bauforderung, Dissertation, Heidelberg 1909.

Der im Erscheinen begriffene Kommentar von E. Hagelberg konnte leider nicht berücksichtigt werden.


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543502_0044

Das Reichsgesetz vom 1. Juni 1909 über die Sicherung der Bauforderungen im Verhältnis zu § 648 B. G. B.

§ 1.

Die Schutzgesetzgebung im allgemeinen.

Der wirtschaftlich soziale Zweck aller Gesetzgebung, die ihrer Aufgabe gerecht werden will, ist für die Verhältnisse, die sie regeln soll, einen sicheren, geordneten Zustand zu schaffen, hilfsbedürftigen Interessen Mittel und Wege zu zeigen, wie sie zu einem raschen und möglichst vollkommenen Rechtsschutz gelangen könnten, ein Zweck, der namentlich im Interesse einer gedeihlichen Entwicklung und Entfaltung des wirtschaftlichen Verkehrs gefordert und erfüllt werden muß.

Dem Bestreben dieser Aufgabe zu genügen sind alle die Einrichtungen der Rechtsordnung, namentlich der Zivil- und Strafgesetzgebung, entsprungen. Tatsachen und Vorgänge, die im Leben und Verkehr der Menschen bedingt sind und ohne die das wirtschaftliche Leben unmöglich oder doch sehr erschwert wäre, umgibt die Gesetzgebung gleichsam mit einem Ring gesetzlicher Maßnahmen, um von ihnen verderbliche Einwirkungen fernzuhalten. Eine Einrichtung, um den Bodenkredit auf eine gesunde, sichere Grundlage zu stellen, ist die Hypothek, die in der neueren Zeit namentlich durch die Einführung des Grundbuches mit seinem öffentlichen Glauben eine äußerst wesentliche und vollkommene Weiterbildung erfahren hat. — Ein namentlich für die Jetztzeit bedeutsamer Zweig der Schutzgesetzgebung hat sich in der eingehenden Regelung des Urheberrechts, des gewerblichen, künstlerischen und literarischen Urheberrechts entwickelt, Maßnahmen, deren schwere Aufgabe es war, zwei Schutzbedürftigen mit oft widerstreitenden Interessen Hilfe zu bringen, der

Allgemeinheit, der an der baldmöglichsten und ausgedehntesten Ausnützung der modernen Errungenschaften, gelegen ist, und dem Einzelnen, dem Urheber, der — sei es aus wissenschaftlichen, künstlerischen oder pekuniären Erwägungen — eine möglichst ihn privilegierende und monopolisierende Behandlung seiner Erzeugnisse und Schöpfungen anstrebt.

Ein weites Feld gesetzgeberischer Maßnahmen liegt auch in dem Schutz der Arbeit gegen das Kapital. Meistens steht der Arbeiter als der wirtschaftlich Schwächere dem Arbeitgeber, dem Kapitalisten, gegenüber. Der Arbeiter, der seine Ware Arbeit, seine Arbeitskraft, dem Arbeitgeber zur Verfügung stellen muß, steht im Verhältnis zu anderen Warenverkäufern in einer weniger günstigen Lage: er ist mit seiner Ware so sehr verknüpft — er ist ja selbst die Arbeitskraft —, daß das Schicksal seiner Ware sein eigenes ist. Zudem ist die Schaffung der Arbeitskräfte nicht wie die Herstellung anderer Erzeugnisse von dem Willen desjenigen abhängig, der sie verwerten will, nicht von der Konjunktur, nicht von Angebot und Nachfrage, der Arbeiter verdankt sein Dasein den Umständen, die den Bevölkerungszuwachs bestimmen, also nicht wirtschaftspolitischen Erwägungen. Diese in der Natur der Dinge liegende Benachteiligung derer, die ihre Arbeit als Ware verkaufen müssen, machte einen umfassenden gesetzlichen Schutz notwendig. Das Bestreben, den Arbeitern den Kampf um ihre wirtschaftliche Selbständigkeit leichter zu machen, brachte uns die soziale Arbeiterschutz- und Versicherungsgesetzgebung. Diese mehr auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts sich bewegende Arbeiterschutzgesetzgebung wird unterstützt durch verschiedene, den gleichen Zweck verfolgende Maßnahmen im Rahmen des bürgerlichen Rechts. Nicht allein daß diese Bestimmungen lediglich dem wirtschaftlich Schwachen schützend zur Seite stehen, der Gesetzgeber erachtet es als eine nicht minder wichtige Aufgabe, dem Arbeiter, mag er sich in Not befinden oder nicht, in gewissem Sinne die Früchte seiner Arbeit zugute kommen zu lassen: Der Arbeiter soll, wenn ihm von Seite des Arbeitgebers Verluste drohen, an dem Mehrwert, den er der Sache durch seine Tätigkeit gegeben, sich schadlos halten können.

Das Bedürfnis, denen, die im Dienste oder Auftrag oder für Rechnung eines anderen als Unternehmer, Hersteller, Vorarbeiter oder Lieferanten auftraten, dadurch

einen Schutz für ihre Forderungen zu gewähren, daß man ihnen ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht bezüglich des von ihnen hergestellten, gelieferten oder verarbeiteten Gegenstandes einräumte, empfanden schon die Römer. Das alte römische Recht hatte so das privilegierte Pfandrecht wegen der versio in rem geschaffen; wer eine Verwendung in eine Sache vorgenommen hatte, wer pecunia ad restitutionem aedificii — nach unseren Begriffen ein Baugelddarlehen — gegeben hatte, sollte ein besonderes Recht an dem Gegenstande haben, den er durch seine Tätigkeit oder durch sein Kapital überhaupt erhalten oder wertvoller gemacht hatte. (Polenske [S. 129] legt pecunia sehr weitgehend aus und nimmt daher nicht bloß einen Baugeldgeber, sondern einen allgemeinen Baugläubigerschutz an. Ueber die einzelnen römischrechtlichen Quellenstellen siehe Polenske S. 117.) Die mittelalterliche Theologie schärfte als einen ihrer „sozialethischen Hauptgedanken" „den Schutz ehrlicher Arbeit" ein.

Die moderne Gestalt dieses Gedankens, den auch unsere Zeit mit ihrem großen Handel und Verkehr nicht unberücksichtigt lassen durfte, ist wenigstens in einer Richtung der Paragraph 647 des B. G. B.

§ 647 gibt dem Unternehmer für seine Forderung aus dem Werkvertrage ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind.

Ein Blick auf die Fassung dieser Gesetzesbestimmung zeigt uns sofort, daß diese ihren Schutz bloss denen gewähren will, die bewegliche Sachen herstellen oder ausbessern. Derer, die Arbeit und Kapital in unbewegliche Sachen verwenden, war hier nicht gedacht; Das Pfand- und Zurückbehaltungsrecht versagt für die Forderungen der Arbeiter an unbeweglichen Sachen, für die Bauunternehmer und Bauarbeiter auf fremdem Boden, schon deswegen, weil der Unternehmer hier nicht in den Besitz des Gegenstandes seiner Arbeit kommt. (Dernburg l. c. II., II. Schuldverhältnisse Seite 507 III.) Da somit die gewiß auch schutzbedürftigen Bauunternehmer die Rechte des § 647 B. G. B. nicht für sich in Anspruch nehmen konnten, mußte das B. G. B. den Bestrebungen der Bauhandwerker in einem eigenen Paragraphen gerecht werden, im § 648: Der Unternehmer eines Bauwerkes oder eines Teiles eines Bau-

werkes kann für seine Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer Sicherungs-Hypothek an dem Grundstück der Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungs-Hypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.

§ 2.

Entstehung des § 648 B.G.B. und des Reichsgesetzes über die Sicherung der Bauforderungen.

Die Bestrebungen und das Bedürfnis den Bauunternehmern anderen Gläubigern gegenüber gewisse Vorzugsrechte einzuräumen hat nicht erst die allerneueste Zeit gebracht, schon verschiedene ältere Landesrechte hatten den Wünschen der Baugläubiger Gehör geschenkt und ihnen für ihre Forderungen besonderen Schutz zugesichert. Als eine glückverheissende Ouverture des Baugläubigerschutzes preißt Polenske u. a. O. S. 176 das Freiburger Stadtrecht von 1520, das bestimmt: Welcher einem andern gelt lyhet, das er ein huß buwe oder sin alt huß bessre, dem ist das selb huß umb die schult verpfendt und gilt glich, das gelt werd bar bezahlt oder den Werklüten oder in anderweeg von des buws wegen ußgegeben; doch soll diß verpfändung in das gerichtsbuch zu gedächtnus ingeschrieben werden (Teil II. Tit. 18. gelt lyen uf buw der hußer). So räumte ihnen auch der Code Civil in seinem art. 2103, 4 ein privilegiertes Pfandrecht ein:

Gläubiger, welche ein Privilegium auf Immobilien haben, sind: . . . . 4. Die Baumeister, Bauunternehmer, Maurer und andere Arbeiter, welche gebraucht worden sind, um Gebäude, Kanäle und andere Werke irgend einer Art zu errichten, wieder aufzubauen oder auszubessern, vorausgesetzt jedoch, daß ein Gericht erster Instanz . . . .

Eine ähnltche Bestimmung enthält das bayerische Hypothekengesetz vom 1. Juli 1822 in seinem IV. Abschnitt § 12: Zum Erwerb einer Hypothek sind kraft Gesetzes selbst und ohne daß dazu eine ausdrückliche Erklärung des Schuldners notwendig wäre, folgende Gläubiger berechtigt: . . . . 9. Baumeister und Bauunternehmer und andere Arbeiter wegen der für die

Errichtung, Wiederherstellung oder Ausbesserung von Gebäuden, Kanälen und anderen Werken entstandenen Forderungen, desgleichen diejenigen, welche dazu Materialien geliefert haben, auf diesen Gebäuden oder Werken.

Das preußische allgemeine Landrecht gewährt in seinem Teil I., 11 §§ 971, 972 dem Werkmeister an dem hergestellten oder verbesserten Gebäude einen Pfandrechtstitel, der auch ohne Genehmigung des Bauherrn oder dessen Verurteilung dazu durch eine Vormerkung gesichert werden konnte.

Auch das württembergische Pfandgesetz von 1825 gewährte in seinem art. 42 den Bauunternehmern und Bauhandwerkern einen besonderen Schutz für ihre Forderungen. (Ueber weitere Stadt- und Landrechte, die die Baugläubiger schützen, finden sich bei Polenske a. a. O. S. 177, 178, 180 ausführliche Einzelheiten.)

Als nun im Jahre 1888 der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches veröffentlicht wurde, war hier ein Schutz der Bauhandwerker und Bauunternehmer völlig außer Acht gelassen, während bei beweglichen Sachen dem Unternehmer wegen seiner Forderungen für Arbeit und Auslagen ein gesetzliches Pfandrecht an den noch in seinem Gewahrsam befindlichen Sachen gewährt wurde. (Entw. I. § 574.)

Der Umstand, daß die Unternehmer und Arbeiter an beweglichen Sachen sich eines besonderen gesetzlichen Schutzes erfreuen konnten, weiterhin die Tatsache, daß durch die bereits bestehenden Landesgesetze zum Schutz der Bauunternehmer und Bauhandwerker ein nicht unbeträchtlicher Teil der Interessenten, auf die sich das B. G. B. erstrecken sollte, dem Entwurf gegenüber früher besser gestellt waren — im Mittelalter waren neben den Bauhandwerkern auch die Baustoffgeber (unsere Lieferanten) geschützt, in Preußen 1722, in Bayern 1616 (Polenske S. 160, 181, 183) —, erklären es, daß Interessenten, Fachvereine, volkswirtschaftliche und juristische Schriftsteller all ihre Bestrebungen darrauf richteten, daß auch in das B. G. B. eine Vorschrift zum Schutz der Bauhandwerker aufgenommen werde. Der Erfolg dieser Bestrebungen war sehr gering: Um die Baugläubiger gegen die Vermögensverluste zu schützen, die ihnen namentlich in grösseren Städten aus schwindelhaften Unternehmungen mittelloser Bauherrn vielfach erwuchsen, wurde dem zweiten Entwurf zum B. G. B.

eine Bestimmung eingefügt, über die auch das B. G. B. selbst nicht hinausgegangen ist, der oben wiedergegebene § 648.

Schon damals gingen die Wünsche der beteiligten Kreise weiter als sie durch § 648 berücksichtigt wurden. Die Bauhandwerker strebten vor allem die Einräumung einer gesetzlich bevorzugten Hypothek, die im Mittelalter die Gläubiger schützte, aber später, zuerst 1711 in Sachsen, abgeschafft wurde (Polenske S. 190), für ihre Forderungen an. Aber die zweite Kommission zur Beratung des B. G. B. lehnte einen solchen Schutz ab, weil eine bevorzugte Hypothek mit dem vom B. G. B. aufgenommenen Grundbuchsystem in Widerspruch stünde. Dem Unternehmer auf Grund seiner Arbeiten ohne weiteres ein gesetzliches Pfandrecht zu geben, hätte einen Verstoß gegen das Prinzip des Eintragungszwanges für Hypotheken gebildet und wenn man jenes vollends mit dem Vorrang gegenüber den vor seiner Entstehung eingetragenen Rechten hätte bekleiden wollen, so hätte das nach der landläufigen Ansicht einen Bruch mit den Grundprinzipien des Grundbuchrechtes bedeutet, der zugleich dem Kredit alle Sicherung und damit den Lebensnerv zerstört hätte.[1])

So begnügte sich das B. G. B. mit der Bestimmung des § 648.

Daß der durch § 648 gebotene Schutz kein besonders weitgehender sei, daß er den Verhältnissen nicht werde genügen können, darüber waren sich die gesetzgebenden Faktoren schon klar, als sie den § 648 in das B. G. B. einfügten. Dr. v. Cuny äußerte sich darüber in der Sitzung des Reichstags vom 22. Juni 1896: „ . . . . Wir sind überzeugt, daß die Sicherungshypothek an und für sich allein nicht ein ausreichendes Mittel ist, um den fraglichen Umständen abzuhelfen, weil ja in dem Moment, wo die Sicherungshypothek eingetragen wird, immer bereits die Hypothek für die Baugelder sich eingetragen findet und somit tatsächlich die Sicherungshypothek den Personen, für welche sie eingetragen wird, doch nicht viel nützt. Die Baugeldhypothek geht vor und verschlingt den Erlös des Grundstückes. . . . . Es muß mehr geschehen . . . . Die Reichsregierung hat versichert, daß bereits bei den Reichsämtern Beratungen

[1]) Oertmann, Archiv für soziale Gesetzgebung, Band 12 Seite 35 ff.

im Gange seien über eine ausreichende Abhilfe gegenüber den fraglichen Uebelständen."

Daß eine solche Gesetzesbestimmung, von deren Unzulänglichkeit man schon bei ihrem Entstehen überzeugt war, keine dauernde und sichere Regelung der durch die regere Bautätigkeit immer brennender werdenden Frage sein konnte, war selbstverständlich.

Das Bestreben der Interessenten, der Reichsregierung und wissenschaftlicher Kreise, einen genügenden Schutz für die Baugläubiger zu schaffen, führte schließlich zur Erlassung des Reichsgesetzes über die Sicherung der Bauforderungen (B. F. S. G.) vom 1. Juni 1909.

Die Reichsgesetzgebung enthält also seit Inkrafttreten dieses neuen Gesetzes zwei Vorschriften, deren Zweck es ist, den Baugläubigern bei der Verwirklichung ihrer Ansprüche gegenüber dem Bauherrn besondere gesetzliche Hilfe angedeihen zu lassen, § 648 und das B. F. S. G.

§ 3.

Frage nach dem Verhältnis der beiden gesetzlichen Bestimmungen und Richtpunkte zu deren Lösung.

Für die praktische Bedeutung und Anwendung der beiden Gesetzesvorschriften, des § 648 und des B.F.S.G., ist es von der größten Wichtigkeit, daß über deren Verhältnis Klarheit herrsche. Ein etwas verwickelter Rechtszustand ergibt sich daraus, daß das neue Reichsgesetz zum Teil durch landesherrliche Verordnung eingeführt wird und zwar bloß für einzelne Gemeinden, nicht für den ganzen Bundesstaat, sodaß in den betreffenden Gemeinden, wo nach den tatsächlichen Verhältnissen ein stärkerer Schutz der Baugläubiger wegen der regen Bautätigkeit notwendig erscheint und deswegen das neue Gesetz in seinem zweiten Abschnitt eingeführt wird, sowohl § 648 B. G. B. wie das B. F. S. G. gilt, während die Baugläubiger in den anderen Gemeinden bloß den Schutz des § 648 genießen.

Unsere Aufgabe erschöpft sich demnach nicht in einer sozusagen rechtsvergleichenden Darstellung, in einem Abgleichen der Verhältnisse, wie sie § 648 bedingt und wie sich diese infolge der Einführung des neuen Gesetzes ändern werden oder zum Teil schon geändert haben. Das neue Gesetz ist nicht an Stelle des § 648 getreten, sondern beide Vorschriften bestehen

nebeneinander fort und teilen sich in die Aufgabe, die Baugläubiger gegen Verluste möglichst zu schützen: Die Abgrenzung des Geltungsgebietes der beiden Bestimmungen soll der Zweck dieser Arbeit sein.

Das innere Verhältnis des B. F. S. G. zum § 648 B. G. B., wie es sich bei einer mehr rechtsvergleichenden Betrachtung darstellt, wird uns wohl am besten eine Schilderung jener Umstände ersehen lassen, die die Unzulänglichkeit des § 648 erwiesen und zur Erlassung des neuen Gesetzes drängten. Auf diese Weise sehen wir, wie das B. F. S. G. bessernd in das Gefüge des früheren Schutzes der Bauhandwerker eingreift, welche Bedeutung ihm also im Verhältnis zu § 648 zukommt.

Haben wir das Wesen des B. F. S. G. kennen gelernt, so haben wir die nötige Grundlage gewonnen, um an die Lösung der zweiten Hauptfrage herantreten zu können: Inwiefern schließt die Anwendung des einen Gesetzes die Anwendung des anderen aus? Nur wenn man die Mittel des B. F. S. G. kennt, womit es seinen Zweck zu verfolgen sucht, nur wenn man weiß, worauf die Absicht des Gesetzes zielt, wo und warum sich das neue Gesetz an die Stelle des § 648 setzen will, nur dann kann man ermessen, inwiefern das eine Gesetz die Anwendung des anderen gestattet oder verbietet.

I. Teil.

Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen — eine bedeutende Erweiterung und Ausdehnung des Schutzes des § 648.

§ 4.

§ 648, seine Bedeutung für den Schutz der Bauhandwerker, seine Unzulänglichkeit.

Inwieweit § 648 seinen Zweck, die Baugläubiger zu schützen, erreichte und inwieweit eine neue gesetzliche Regelung dem bisherigen Rechtszustand gegenüber angemessen erschien, zeigt uns ein Blick auf den Wortlaut dieses Paragraphen.

Der Kreis der Forderungen, die § 648 sichern will,

ist ein ziemlich kleiner: nur Forderungen aus dem Werkvertrag werden geschützt; alle anderen Forderungen, die nicht aus einem Werkvertrag herrühren, mögen sie sonst auch mit dem Bau im engsten Zusammenhange stehen, genießen den Schutz des § 648 nicht. Die große Zahl der Lieferanten von Baumaterialien sind also vom Schutze des § 648 ausgeschlossen. Auch Forderungen, die sich auf einen Werklieferungsvertrag im Sinne des § 651 B. G. B. stützen, fallen nicht unter § 648. Diese Folgerung aus § 648 gewinnt namentlich heute, wo Villenbauten immer häufiger werden, an Bedeutung. Werden für eine Villa Teppiche, Vorhänge etc., Sachen, die nicht Nebensachen des Gebäudes werden, eigens angefertigt, weil der Eigentümer auf Farbe oder Muster der Gegenstände besonderen Wert legt, so kann der Fabrikant, der seine Waren zum Bau abgeliefert hat, den Schutz des § 648 nicht geltend machen, da § 651 B. G. B. ausdrücklich bestimmt, daß § 648 auf den Werklieferungsvertrag nur angewendet werden darf, wenn sich der Unternehmer nur zur Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen verpflichtet.

Die Forderungen aus Werkverträgen begründen den Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nur dann, „wenn sie dem Unternehmer eines Bauwerkes oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerkes“ zustehen. Unternehmer eines Bauwerkes ist aber nur der, welcher mit dem Besteller selbst, in Vertragsbeziehungen steht; denn nur der Unternehmer hat sich dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, das Bauwerk wie vereinbart herzustellen (§ 631 B. G. B.). Auf Werkverträge, die wohl hinsichtlich des Baues, aber nicht mit dem Eigentümer der Baustelle abgeschlossen werden, findet § 648 wiederum keine Anwendung. Denn der Anspruch des Berechtigten geht nur auf Einräumung einer Sicherungshypothek auf dem Baugrundstück des Bestellers, Besteller aber wäre bei den Werkverträgen, um die es sich oben handelt, der Unternehmer. Die Folge davon ist, daß allen, welche mit dem Unternehmer Verträge abschließen, der Schutz des § 648 versagt ist. Der Unternehmer mag den ganzen Bau durch einen sogenannten Unterakkordanten ausführen lassen, sodaß er direkt zur Entstehung des Bauwerkes nicht mitarbeitet, für seine Forderungen muß der Eigentümer eine Sicherungshypothek bewilligen, der aber, der den Bau wirklich ausgeführt hat, ist lediglich auf die Zahlungsfähigkeit

des Unternehmers angewiesen, er mag sich vertragsweise anderweitige Sicherungen bestellen lassen, auf § 648 kann er sich nicht berufen.

Wenn dagegen der Bauherr die einzelnen Arbeiten an die einzelnen Handwerker vergibt, zum Beispiel an die Maurer, Schlosser, Schreiner, Dacharbeiter, so ist jeder von ihnen, obwohl er nur einen Teil des Baues herstellt, für seine Forderungen durch eine Sicherheitshypothek gedeckt: sie haben mit dem Eigentümer abgeschlossen, haben einen Teil eines Bauwerkes hergestellt, für sie sind also die Voraussetzungen des § 648 gegeben. Hier gewinnt die Frage Bedeutung, was als Teil eines Bauwerkes anzusehen ist. Wohl wird man an dem Begriff des wesentlichen Bestandteiles, den uns § 93 gibt, festzuhalten haben: sobald ein Gegenstand Bestandteil des Bauwerkes geworden ist und die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, muß dem Hersteller dieses Teiles das Recht des § 648 eingeräumt werden. Auf diese Weise kommt man praktisch dazu auch für Forderungen aus Verträgen, die Kauf- und Lieferungsverträgen sehr ähnlich sehen, die Anwendbarkeit des § 648 anerkennen zu müssen. Ein Schreiner, der die Türen, Fensterstöcke, Stiegen zu einem Haus liefert und diese Gegenstände in das Gebäude selbst einfügt, hat damit einen Teil des Bauwerkes hergestellt. So werden durch das Einfügen solche Personen, die sonst bloß als Lieferanten in Betracht kämen, und nicht unter § 648 fielen, zu Unternehmern eines Teiles eines Bauwerkes und geniessen so die Realsicherung des § 648. Hieraus ergibt sich die weitere Folge, daß diejenigen Lieferanten, die die Sachen in den Bau einfügen sollen, solange das Recht des § 648 nicht haben, als sie die Sachen noch nicht in den Bau eingefügt haben. Denn bis zu diesem Augenblick steht ihnen gemäß § 273 ff. B. G. B. das Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der noch nicht eingefügten Sachen zu. Insoweit können sie sich durch dieses Recht sichern.

Wenn man, wie oben, die Ansicht vertritt, daß unter Teilen eines Bauwerkes nur dessen Bestandteile gemeint sind, muß man, (wie auch Staudinger, B. G. B. zu § 648 II. 3b) die Erd- und Schachtarbeiter, die die Erde für die Grundmauern ausheben, aus dem Kreis der Berechtigten des § 648 ausscheiden lassen, da es hier an dem Merkmal des wesentlichen Bestandteils fehlt. (Ebenso Oertmann, Schuldverhältnisse 1910 zu § 648.)

Wenn die Herstellung auch eines Teiles eines Bauwerkes als genügend zur Anwendbarkeit des § 648 gilt, ergibt sich daraus, daß § 648 auch angewendet werden kann, wenn es sich nicht um Neubauten, sonden um Umbauten und Reparaturbauten handelt; der Worttaut des § 648 sagt nicht, daß die Herstellung der einzelnen Teile einen Neubau ergeben müssen, eine solche Herstellung kann auch, wenn bereits ein fertiges Bauwerk vorliegt, erfolgen, sei es zur Ausbesserung eines schadhaft gewordenen, bereits vorhandenen, oder zur Einfügung eines neuen Teiles. Die Bestimmung des § 651 Abs. 1, S. 2, daß § 648 bei Werklieferungsverträgen nicht Anwendung finde, greift hier nicht Platz, da bei diesen Fällen immer vorausgesetzt ist, daß es sich bei solchen Einfügungen in ein Haus immer um „Zutaten und sonstige Nebensachen" im Sinne des § 651 Abs. 2 handelt.

Der Kreis, der aus § 648 Berechtigten stellt sich nach diesen Erwägungen als ein sehr enger dar: § 648 schützt nur solche Personen, die mit dem Eigentümer selbst einen Werkvertrag abgeschlossen haben, der sich auf die Herstellung eines Bauwerkes oder eines Teiles desselben bezieht.

Solchen Unternehmern gewährt nun § 648 das Recht, die Eintragung einer Sicherungshypothek an dem Grundstück des Bestellers zu verlangen. Die ratio dieser Bestimmung sagt uns, daß es sich hier immer um ein Bauwerk handeln muß, das durch das Einbauen auf dem Grundstück dessen wesentlicher Bestandteil wird. Der Zweck der Vorschrift ist, denen, die auf eine Sache wertmehrend eingewirkt, diese Werterhöhung zugute kommen zu lassen; die Hypothek, die den Gläubigern eingeräumt wird, läßt das Grundstück des Bestellers für die Forderung haften. Die gesetzespolitische Absicht des § 648 erfüllt sich demnach nur dann, wenn die Pfandhaftung des Grundstückes sich auf den werterhöhenden Gegenstand, auf das Gebäude erstreckt. Dies ist nach § 1120 B. G. B. nur dann der Fall, wenn das Gebäude Bestandteil des Grundstückes ist, wenn es also mit diesem fest verbunden wird, und wenn auch die Voraussetzungen des § 95 B. G. B. nicht gegeben sind. (Anderer Meinung Oertmann, B. G. B., Schuldverhältnisse 3. Aufl., zu § 648: Daß das Bauwerk wesentlicher Bestandteil des Grundstückes wird, ist wohl zur Anwendung des Anspruches aus § 648 an sich nicht notwendig.)

Aus dem Wortlaut des § 648 ergibt sich weiter, daß das Grundstück, welches dem Gläubiger haften soll, zur Zeit der Eintragung dem Besteller des Bauwerkes gehören muß. Der Gläubiger hat gegen den Besteller eine persönliche Forderung und diese soll durch eine Sicherungshypothek sicher gestellt werden. Wenn also der Besteller, bevor seine Gläubiger die Eintragung einer Sicherheitshypothek veranlaßt haben, sein Grundstück veräußert, besteht zwar die persönliche Haftung des Bestellers fort, von dem neuen Eigentümer kann aber die Eintragung einer Sicherungshypothek nicht verlangt werden, weil dieser zu dem Baugläubiger in keinerlei Rechtsverhältnis steht — eine bedauernswerte Lücke im § 648, die für die Baugläubiger namentlich dann sehr fühlbar werden kann, wenn sie es mit einem unreellen Bauherrn zu tun haben, der seine Gläubiger dadurch zu schädigen sucht, daß er vor Eintragung der Sicherungshypothek oder deren Vormerkung im Grundbuch das Grundstück veräußert.

Der Schutz des § 648 besteht, wie schon erwähnt, in dem Recht, die Einräumung einer Sicherungshypothek auf dem Grundstück des Bestellers zu verlangen, nicht in der Einräumung einer Sicherungshypothek. Die Eintragung einer Sicherungshypothek erfolgt nicht von Amtswegen — eine gesetzliche Hypothek wurde mit der oben angegebenen Begründung abgelehnt - sondern sie erfordert, wie die Eintragung jeder Hypothek, entweder eine Bewilligung des Eigentümers oder eine gerichtliche einstweilige Verfügung.

Um den künftigen Anspruch auf Einräumung der Hypothek zu sichern, kann der Gläubiger eine Vormerkung im Grundbuch eintragen lassen, aber ebenfalls nur, wenn er dem Grundbuchrichter eine Bewilligung des Eigentümers oder eine einstweilige Verfügung vorlegen kann. (§§ 883 B. G. B., 935 ff. Z. P. O.) Die endgültige Eintragung hängt dann wiederum von den oben angegebenen Voraussetzungen ab. (Ebenso Oertmann a. a. O. zu § 648. A. M. der Kommentar der Reichsgerichtsräte zum B. G. B. § 648 No. 4: Die Bestimmung des § 883 Abs. 1, wonach die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruches zulässig ist, findet hier keine Anwendung, da hier nach besonderer Gesetzesvorschrift von einer Sicherungshypothek nur insoweit, als die Arbeit am Bauwerk geleistet und durch deren Mehrwert

dem Unternehmer ein Sicherungsobjekt geboten ist, [Prot. Bd. 2 S. 326] die Rede sein kann.)

Daß dieser Schutz des § 648 kein genügender sei, haben schon die Reichstagsverhandlungen gezeigt, durch die dieser Paragraph ins Leben gerufen wurde. Mit welcher Geringschätzung ein Teil der Kommission für die zweite Lesung des E. B. G. B. von dem Anspruch auf Hypothekenbestellung dachte, zeigt uns ein Blick in das 127. Protokoll dieser Kommission (Prot. II., 1 Seite 321 ff., besonders Seite 325: Der Anspruch auf Hypothekbestellung vermöge so wenig den Schäden, die auf dem Gebiete des Baugewerbes hervorgetreten seien, abzuhelfen, wie der gesetzliche Hypothektitel des preußischen und bayerischen Rechtes deren Ausbildung zu verhindern gewußt habe etc.).

Wie berechtigt die Furcht vor der Bedeutungslosigkeit des § 648 war, zeigt uns die Begründung zum E. B. F. S. G. Seite 12, wo wir lesen, daß es zur Feststellung der grossen Verluste der Bauhandwerker keiner amtlichen Statistik bedurfte, „weil an der Tatsache, daß die Bauhandwerker sehr erhebliche Verluste erlitten, ein begründeter Zweifel überhaupt nicht bestehen konnte."

Diese Tatsachen machen es begreiflich, daß die beteiligten Kreise immer lauter nach Abhilfe, nach einem umfassenden Schutz durch die Reichsgesetzgebung riefen. Im preußischen Landtag waren schon 1895 fünf Gesetzesentwürfe zum Schutz der Bauhandwerker vorgelegt worden; eine gesetzliche Regelung wurde aber damals noch nicht erreicht. 1896 ersuchte der Reichstag die verbündeten Regierungen einen Entwurf vorzulegen, „durch welchen die Bauhandwerker und die Bauarbeiter für ihre Bauarbeiten und Lieferungen an Neu- und Umbauten gesichert würden". Die Folge dieses Ersuchens war ein Entwurf, der im Dezember 1896 durch den Reichskanzler veröffentlicht wurde. Die Kritik, die anläßlich dieses Entwurfes einsetzte, führte zu den zwei neuen Vorlagen im Jahre 1901, zu den Entwürfen A und B.

Die Verbesserungsvorschläge, die nach der Veröffentlichung dieser Entwürfe laut wurden, veranlaßten den Reichskanzler dem Reichstag unterm 29. April 1907 einen neuen Entwurf vorzulegen. Dieser Entwurf, der sich eng an den Entwurf B vom Jahre 1901 anschließt, wurde dann, nachdem im Reichstag noch erhebliche Aenderungen vorgenommen worden waren, am 1. Juni 1909 als Gesetz verkündet.

§ 5.

Das Bauforderungsicherungsgesetz Sein Schutz für die Bauhandwerker und Lieferanten.

Des neuen Gesetzes Aufgabe war es nun, den unzureichenden § 648 für gewisse Gebiete, in denen die Interessen der Baugläubiger stark gefährdet erschienen, durch Vorschriften zu ersetzen, die dem Bauschwindel Einhalt gebieten und so den Verlusten der Baugläubiger steuern könnten.

I.

Schon der Kreis der berechtigten Personen war bei der Regelung des Baugläubigerschutzes durch das Bürgerliche Gesetzbuch zu eng gegriffen worden. § 648 B. G. B. gewährt nur den Unternehmern eines Bauwerkes oder einzelner Teile efnes Bauwerkes das Recht auf Eintragung einer Sicherungshypothek. Alle beim Bau beteiligten Lieferanten, dann die Personen, die nicht mit dem Eigentümer selbst Verträge geschlossen hatten, waren bei der Verteilung des gesetzlichen Schutzes leer ausgegangen. Und wenn man der ratio legis treu bleiben wollte, mußte man gerade auch bei diesen übergangenen Gläubigern die Tatsachen gegeben sehen, auf Grund deren man die anderen Gläubiger eines Schutzes durch § 648 würdigte. Die Lieferanten, Bauarbeiter und Nachmänner tragen auch das Ihrige zur Werterhöhung des Grundstückes bei, beanspruchen also mit Recht die gleiche Berücksichtigung, wie die durch § 648 geschützten Unternehmer. Das B. F. S. G. hat nun den Wünschen der in § 648 B. G. B. nicht berücksichtigten Gläubiger Gehör geschenkt und in seinem § 18 den Kreis der Baugläubiger viel weiter ausgedehnt als § 648 B. G. B.: Baugläubiger sind die an der Herstellung des Gebäudes auf Grund eines Werk- oder Dienstvertrages Beteiligten sowie diejenigen, welche zur Herstellung des Gebäudes Sachen geliefert haben, sofern die Werk-Dienst- oder Lieferungsverträge von dem Eigentümer der Baustelle oder für seine Rechnung geschlossen worden sind. Dem Eigentümer der Baustelle steht gleich, wer den Bau mit Zustimmung des Eigentümers als Bauherr ausführt.

Dieser Paragraph hat dem § 648 gegenüber die Beschränkung auf einen Werkvertrag fallen gelassen, an Stelle des Unternehmers - Unternehmer setzt immer

einen Werkvertrag voraus – · sind die bei der Herstellung eines Gebäudes auf Grund eines Werk- oder Dienstvertrages Beteiligten und die Lieferanten getreten. Allerdings gerade der Aufname der Lieferanten in den Kreis der Baugläubiger wurden gewichtige Bedenken entgegengesetzt (E. B. F. S. G. Seite 33). Die Lieferanten sind nicht wie die Bauhandwerker und Bauarbeiter, zur Vorleistung verpflichtet, sie brauchen erst Zug um Zug zu leisten, können also ihre Leistungen solange zurückhalten, bis ihnen der Preis gezahlt oder sichergestellt wird. Gegen eine Berücksichtigung der Lieferanten ist ferner geltend gemacht worden, daß dadurch die Erreichung des sozialpolitischen Zweckes des Gesetzes, Schutz der wirtschaftlich schwachen Handwerker und Arbeiter, gefährdet werden würde, indem durch die Teilnahme der häufig einen großen Betrag ausmachenden Forderungen der Lieferanten an der Bauhypothek oder der geleisteten Sicherheit die Dividende der Bauhandwerker und Bauarbeiter in erheblicher Weise geschmälert würde — eben die alten Bedenken, die bereits bei der Beratung des § 648 B. G. B. ins Feld geführt wurden, als es sich um die Berücksichtigung der Lieferanten handelte. Diese Bedenken wurden aber unterdrückt durch die Erwägung, daß die Lieferanten ebenso wie die Handwerker und Arbeiter zur Erhöhung des Grundstückswertes beitragen und daß es daher der Billigkeit entspricht, sie bei der Verteilung des Betrages der Werterhöhung nicht auszuschließen, zumal sonst die anderen Baugläubiger nicht aus dem von ihnen geschaffenen Werte, sondern zum erheblichen Teil aus den ungedeckten Leistungen der Lieferanten befriedigt werden müßten. Zudem war man bestrebt, durch die Mitbeteiligung der Lieferanten eine den Bauhandwerkern förderliche Interessengemeinschaft zwischen Lieferanten und Handwerkern zu schaffen.

Das B.F.S.G. ging noch einen bedeutenden Schritt weiter als § 648 B. G. B. und nahm in gewissen Fällen auch die sogenannten Nachmänner in den Kreis der Baugläubiger auf. Unter Nachmänner versteht man die Bauleute, die nicht mit dem Eigentümer selbst abgeschlossen haben. Diese sind in § 648 B. G. B. vollständig ausgeschlossen, da dort immer verlangt wird, daß die Verträge mit dem Besteller des Bauwerkes, also mit dem Eigentümer, eingegangen werden.

Die Nachmänner aber ohne jeden Unterschied für

Baugläubiger zu erklären, lehnt auch das Bauforderungsicherungsgesetz ab mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes, nur gefährdeten Interessen eine weitgehenden Schutz zu gewähren. Ein solcher Schutz ist dann nicht notwendig, wenn die Ausführung des Baues einem zuverlässigen Unternehmer übergeben wurde, von dem man erwarten darf, daß er seinen Verpflichtungen, die ihm seinen Gläubigern gegenüber obliegen, nachkommen werde. Die Nachmänner sollen nur dann geschützt werden, wenn der erste Unternehmer, mit dem der Eigentümer abgeschlossen hat, nicht ausreichende Mittel besitzt, um seine Gläubiger zu befriedigen, oder wenn er eine Schädigung der Unterakkordanten beabsichtigt und wenn diese Tatsachen dem Eigentümer oder dem Bauherrn bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt sind. Dann kann billigerweise diesem Bauherrn zugemutet werden, daß er für die Verbindlichkeiten des Vormannes einstehen muß.

Einem anderen Bedenken, das für den Ausschluß der Nachmänner vom Recht des § 648 ausschlaggebend war, daß nämlich deren Aufnahme eine doppelte Sicherung für einunddieselbe Forderung befürchten lasse, sucht § 28 B. F. S. G. gerecht zu werden: Soweit im Falle des § 19 die von einem Unternehmer angemeldete Bauforderung die Vergütung für Leistungen mitumfaßt, für welche auch von einem Nachmann des Unternehmers eine Bauforderung angemeldet ist, gebührt nur dem Nachmann ein Anteil an der Bauhypothek. Ist ungewiß, ob hiernach dem Vormann ein Anteil an der Bauhypohek gebührt, so hat das Grundbuchamt für den Vormann und für den Nachmann einen Anteil an der Bauhypothek und gleichzeitig einen Widerspruch einzutragen. Wird ein Nachmann durch einen Vormann befriedigt, so geht in der Höhe des gezahlten Betrages der Anteil des Nachmannes an der Bauhypothek auf die Bauforderung des Vormannes über.

Dieser Paragraph findet gemäß § 41 B. F. S. G. analoge Anwendung, wenn zur Vermeidung des Bauvermerkes Sicherheit nach § 12 Abs. 1 B.F.S.G. geleistet ist. Die §§ 19 und 28 mit 41 B.F.S.G. sorgen somit dafür, daß einerseits den Nachmännern der ihnen zukommende Schutz des Bauforderungsicherungsgesetzes zuteil werde, daß andererseits aus dieser Berücksichtigung keine unbillige Belastung des Eigentümers zu befürchten steht.

Das neue Gesetz begnügt sich nun nicht damit, bloß die Unternehmer, Handwerker, Arbeiter und Lieferanten eines Baues unter seinen Schutz zu nehmen, in gewisser Hinsicht bringt es auch den Kapitalisten, die ihr Geld zur Bebauung des Grundstückes hergegeben haben, den Baugeldgebern, Vorteile, ohne sie jedoch in den Kreis der Baugläubiger aufzunehmen. Das Gesetz kümmert sich nicht darum, in welcher Weise sich die Baugeldgeber für die Rückzahlung ihres Darlehens Sicherheit verschaffen wollen; wenn sie sich aber vom Eigentümer der Baustelle eine Baugeldhypothek einräumen lassen, gewährt ihnen das Gesetz besondere Vorrechte, treu dem Grundsatz, zu dem sich auch das B.G.B. an verschiedenen Stellen bekennt (§§ 268, 401, 1250), daß einem Dritten die Rechte dessen gebühren, der von dem Dritten Befriedigung seiner bisher gesicherten Forderung erlangt hat. Wenn das Baugeld seinem Zwecke entsprechend zur Befriedigung der Baugläubiger verwendet wird, räumt das Gesetz der Baugeldhypothek den Vorrang vor der Bauhypothek ein, denn je mehr Baugeld zur Deckung der Bauschulden verwendet, desto geringer werden die Bauforderungen; es ist darum nur billig, wenn an Stelle der befriedigten Gläubiger der Kapitalist, der sein Geld zur Bezahlung der Schuldner hergegeben hat, in die Rechte der ausscheidenden Gläubiger einrückt.

Vergleichen wir nun die Zahl derer, die das Bauforderungsicherungsgesetz in seinen Schutzbestimmungen berücksichtigt hat, mit den aus § 648 B.G.B. berechtigten Unternehmern, so sehen wir ohne weiteres, welchen Fortschritt das neue Gesetz dem bisherigen Rechtszustand gegenüber bedeutet. Das B.F.S.G. hat dem § 648 B. G. B. gegenüber die Konsequenzen aus dem Satz, der auch dem § 648 zugrunde lag, gezogen, er hat allen denen, die an der Werterhöhung des Grundstückes mitgearbeitet, Unternehmern, Handwerkern, Bauarbeitern wie Lieferanten, auch ein Recht an diesem Mehrbetrag zugestanden, nicht zuletzt auch deswegen, um der durch § 648 B.G.B. geschaffenen einseitigen Bevorzugung der Kapitalisten, namentlich der Terrainverkäufer, auf Kosten der meist minder gut situierten Handwerker und Arbeiter vorzubeugen. Eine solche unbillige Bevorzugung der Kapitalisten wurde namentlich in Großstädten, wo sich der Verkehr mit Baugrundstücken stark entwickelt hatte, sehr häufig beobachtet. Nicht selten waren Baustellen, schon bevor sie bebaut wurden, über ihren wahren

Wert hinaus mit Hypotheken belastet. Kam dann der Eigentümer, nachdem gebaut war, in Zahlungsschwierigkeiten, weil sein Grundstück nicht die nötige Rente abwarf, was nicht zuletzt auch eine Folge der Ueberlastung war, so mußten die Hypothekengläubiger des § 648 zusehen, wie sich die ihnen vorgehenden Gläubiger bei einer Zwangsversteigerung auf ihre Kosten bereicherten: Das zu hoch bewertete Grundstück konnte an und für sich die auf ihm ruhenden Belastungen nicht decken, aber durch die Bebauung war der Baustellenwert tatsächlich gestiegen. Dieser Betrag floß nun denen in die Tasche, die an der Errichtung des Gebäudes vollständig unbeteiligt waren.

Dieses Beispiel zeigt uns zugleich, was vor allem daran Schuld war, daß § 648 seiner Aufgabe, die Baugläubiger zu schützen, nicht gerecht werden konnte, die fast völlige Bedeutungslosigkeit der Sicherungshypothek des § 648. Nicht bloß, daß dieser Paragraph seinen Schutz nur wenigen gewährte — auch diese wenigen waren nur sehr unzureichend geschützt.

II.

Die Gründe, warum die Maßregel des § 648 zum großen Teil gänzlich versagte, liegen nicht so sehr im § 648 selber, als vielmehr in einigen anderen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, die mit § 648 zur Anwendung kommen und dessen Wirkungen beeinflussen.

Die einen sehen in den Vorschriften über die Eigentümerhypothek (so Güthe a. a. O. Seite 85 und Budde J.-Z. 1906 Seite 1221 ff.), die anderen in der streng formalistischen Anwendung der Bestimmungen über den Rang der Hypotheken (so Oertmann, Archiv f. soz. Ges. Geb. 12 Seite 35 ff.) den Grund der Unzulänglichkeit des § 648.

Die Begründung des Entwurfes zum neuen Gesetze sieht den Anlaß zu einer neuen Regelung darin, „daß durch eine an sich nützliche und nicht zu entbehrende Vorschrift des Privatrechts, wonach die auf einem Grundstück haftenden Hypotheken und Grundschulden sich ohne weiteres auf die auf dem Grundstücke errichteten Bauwerke erstrecken, die Bauhandwerker gegenüber anderen an der Errichtung des Gebäudes interessierten Personen (Baustellenverkäufer, Bauunternehmer) in Nachteil gesetzt werden.“ (Begr. Seite 19.)

Trotzdem die Baugläubiger sich für ihre Forderungen eine Sicherungshypothek hatten eintragen lassen, hatten sie, wenn es zur Zwangsversteigerung des Grundstückes kam, die schwersten Verluste zu verzeichnen: Wann die Baugläubiger zum Zuge gekommen wären, war der Erlös bereits verteilt, die Sicherungshypothek war also zum großen Teil ohne jede materielle Bedeutung. Ein geringes Maß von Verlusten könnte ja die weitestgehende Gesetzgebung nicht verhindern, denn keine Gesetzesvorschrift kann dafür einstehen, daß bei einer Zwangsversteigerung immer das erlöst werde, was in das Grundstück hineingebaut worden war. Daß aber die Verluste der Baugläubiger nicht bloß hierauf zurückzuführen waren, bedarf keines weiteren Beweises. Der Hauptgrund der Unzulänglichkeit der Sicherungshypothek, wie sie § 648 den Unternehmern einräumte, liegt in der Tatsache, daß die Hypothek meist zu spät eingetragen wird.

Für das Verständnis dieser Frage spielt die Belastung der Grundstücke, wie sie bei Baustellen meistens gegeben ist, eine große Rolle.

Vor allem ist daran festzuhalten, daß die Hypothek gemäß § 648 keine dem Range nach bevorzugte Hypothek ist. Die Werkmeisterhypothek steht wie jede Hypothek allen bisher eingetragenen Rechten im Range nach, wird also bei einer Zwangsversteigerung erst dann befriedigt, wenn alle vorhergehenden Rechte gedeckt sind. Diese vorhergehenden Rechte belasten nun gerade Grundstücke, die zu Bauzwecken benützt werden, meist in einer Höhe, daß die Gläubiger des § 648 mit ihren Forderungen ganz oder teilweise ausfallen. Einschränkend muß gleich hier bemerkt werden, daß diese Verhältnisse vorwiegend in den größeren Städten mit ihrer modernen Bauspekulation gegeben sind und namentlich da die großen Verluste der Bauhandwerker hervorrufen, wo sich mit der Spekulation auch eine verwerfliche Geschäftsgebahrung paart. Nur für solche Verhältnisse sollte auch eine Neuregelung eintreten. Daß das Gesetz nur für solche Bezirke, wo die oben bezeichneten Mißstände zu Tage traten, wirken sollte, wurde in § 9 B.F.S.G. die Bestimmung getroffen, daß der zweite Abschnitt des B.F.S.G., der die dingliche Sicherung der Bauforderungen regelt, durch landesherrliche Verordnung nur in solchen Gemeinden eingeführt werde.

Hier gestaltet sich die Belastung eines Baugrund-

stückes meist folgendermaßen (siehe auch die Begründung zum E. B. F. S. G. Seite 10):

Der Besitzer einer Baustelle, welcher diese mit tunlichst hohem Gewinn verwerten will, baut nicht selbst, sondern sucht einen Bauunternehmer, dem er zum Zwecke der Bebauung das Grundstück um einen hohen Preis verkauft. Darauf, daß dieser Bauunternehmer zahlungsfähig ist, wird von dem Verkäufer oft kein Gewicht gelegt, im Gegenteil werden unsolide Elemente bevorzugt, weil diese geneigt sind, weit über den wahren Wert hinausgehende Preise zu bewilligen. Der Kaufpreis wird meist ganz — die geringe Barzahlung kommt nicht in Betracht — hypothekarisch eingetragen. Meist wird auch noch ein Baugeldvertrag abgeschlossen, in welchem der Baugeldgeber sich verpflichtet, nach Maßgabe des Fortschreitens des Baues bestimmte Beträge zu zahlen, deren Rückzahlung durch eine vor Beginn des Baues eingetragene „Baugeldhypothek" sichergestellt.

In den von reger Bauspekulation ergriffenen Gebieten wurde, wie auch Budde, J.-Z. 1906 Seite 1221 ff. ausführt, die Wahrnehmung gemacht, daß es unter den beteiligten Kreisen im weitesten Umfange üblich sei, das Baugelddarlehen nicht ganz zu valutieren. Da das Baugeld ratenweise ausgezahlt wird, kommt es häufig vor, daß die letzten Raten nicht mehr zur Auszahlung gelangen. Diese ratenweise Auszahlung bleibt auch für die hypothekarische Haftung des Grundstückes nicht ohne Bedeutung. Die Entstehung einer Hypothek ist immer abhängig von dem Vorhandensein einer Forderung; die Forderung des Darlehensgebers entsteht aber bei Eintragung der Baugeldhypothek nur in der Höhe der ersten Ratenzahlung, die meist gleich bei Vertragsabschluß gezahlt wird. Wenn nun die letzten Baugeldraten — aus welchem Grund mag dahingestellt bleiben — nicht mehr ausgezahlt werden, so kommt die Hypothek für den nicht mehr ausgezahlten Betrag nicht zur Entstehung, der Eigentümer erwirbt vielmehr gemäß § 1163 B. G. B. die auf den Namen des Baugeldgebers eingetragene Hypothek als Eigentümerhypothek, denn: Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu. § 1163.

Das Wesen der Eigentümerhypothek besteht nun darin, daß der Eigentümer gewissermaßen über diesen Platz in der Belastung frei verfügen darf; er kann an

dieser Stelle eine neue Hypothek eintragen lassen, die mit der Forderung, für die die Hypothek anfänglich bestellt wurde, in keinem inneren Zusammenhang zu stehen braucht. Wenn der Eigentümer also diese Eigentümerhypothek weiter veräußert, so kommt in den meisten Fällen ein Dritter, der kein Baugläubiger ist und der nichts zur Werterhöhung des Grundstückes beigetragen haben muß, mit seiner Hypothek im Rang vor denen, die, eben weil sie Arbeit oder Kapital in den Bau verwendet haben, ein besonderes Recht daran haben, daß ihnen die Werterhöhung des Grund und Bodens zugute komme.

Die Sicherheit der Baugläubiger ist also dadurch verringert, daß ein Fremder, der kein inneres Recht auf den Wertzuwachs des Grundstückes hat, diesen ausnützen darf.

Wenn nun darin einerseits die Hauptschwäche des § 648 liegt, andererseits dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben ist, mit anderen bereits vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen dieser Benachteiligung vorzubeugen, könnte man vielleicht die Notwendigkeit einer gesetzlichen Neuregelung, die auch eine gewisse Belastung des Schuldners mit sich bringen muß, wenn sie dem Gläubiger größere Sicherheit verschaffen soll, in Zweifel ziehen. Aber gerade die Schädigung, die dem Baugläubiger durch eine seinen Interessen widersprechende Verwertung der Eigentümerhypothek zu widerfahren droht, läßt sich mit den bis jetzt zu Gebote stehenden Mitteln kaum verhüten, sodaß, wenn auch nur dieser Punkt allein in Frage stünde, von hier aus eine Neuregelung mindestens sehr wünschenswert gewesen wäre.

Als ein Mittel sich schadlos zu halten könnte dem Gläubiger erscheinen, die entstehende Eigentümerhypothek dem Eigentümer pfänden zu lassen und so zu verhindern, daß dieser die Hypothek einem anderen abtrete.

Wenn nun die Eigentümerhypothek bereits entstanden ist, und der Eigentümer die Absicht hat, sie zu seinen Gunsten zu verwerten und dadurch seine Baugläubiger zu benachteiligen, dürfte es für einen Zugriff der Baugläubiger meistens zu spät sein: Die Eigentümerhypothek entsteht ohne weitere Förmlichkeiten, namentlich auch ohne daß der Baugläubiger hiervon etwas zu erfahren braucht. Wenn zwischen dem Baugeldnehmer und dem Baugeldgeber Einigkeit darüber herrscht, daß die letzten Baugeldraten nicht mehr zur

Auszahlung gelangen, steht die Hypothek des Baugeldgebers und damit auch die Eigentümerhypothek des Baugeldnehmers der Höhe nach fest, liegt also auch einer Abtretung der letzteren nichts im Wege. Wenn es also dem Bauherrn darum zu tun ist, die Eigentümerhypothek dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen, werden ihn diese in der Regel nicht daran hindern können, weil ihnen der Moment der Entstehung der Eigentümerhypothek unbekannt ist.

Diesem Uebel wäre dann abgeholfen, wenn es möglich ist, die Eigentümerhypothek zu pfänden, bevor sie entstanden, wenn es also dem Gläubiger gelänge, den Anspruch des Eigentümers auf die künftige Eigentümerhypothek zu pfänden. Ob aber eine solche Pfändung zulässig ist, ist sehr bestritten. Eine Ansicht erklärt die Pfändung einer künftigen Eigentümerhypothek für statthaft mit der Beschränkung, daß das Recht des Gläubigers, die Hypothek als wirkliche Verkehrshypothek (durch Gewährung des Darlehens) zur Entstehung zu bringen, gewahrt bleiben müsse; eintragungsfähig sei aber die Pfändung erst nach dem Uebergang der Hypothek auf den Eigentümer. Eine andere Ansicht, die vielleicht den Vorzug verdienen dürfte, geht dahin, daß so lange als der Eigentümer lediglich die Aussicht, später die Eigentümerhypothek zu erwerben, hat, noch kein solcher Vermögensbestandteil gegeben ist, der von den Gläubigern angegriffen werden könnte, daß also eine Pfändung der künftigen Eigentümerhypothek unstatthaft ist. (So Henle, Recht 1906 Seite 69; L. G. München in Bl. f. R. A. Bd. 71 Seite 161 ff.; Staudinger, B. G. B. zu § 1163 IV. III Bd. Seite 718: „Der Eigentümer kann über die Hypothek erst in dem Augenblick verfügen, in dem für ihn das Recht einer Hypothek entsteht und indem er beanspruchen kann, daß die Hypothek auf ihn umgeschrieben wird und erst von diesem Augenblick an kann sie von den Gläubigern gepfändet werden.") Die Aussichten des Gläubigers auf Schadloshaltung durch Pfändung einer künftigen Eigentümerhypothek sind demnach sehr gering: Nach der einen Ansicht entbehrt die Pfändung der Eintragung ins Grundbuch, also des Momentes, das einen gutgläubigen Dritten vor dem Erwerbe einer unveräußerlichen Forderung warnt, nach der anderen Ansicht ist eine solche Pfändung wohl mit Recht unzulässig.

Bei all diesen Erörterungen war noch vorausgesetzt,

daß der Bauherr, der Baugeldempfänger, das Baugeld wirklich dazu verwendet, seine Baugläubiger zu befriedigen, daß also je höher die Baugeldforderung wird, die Bauforderungen desto niedriger werden.

Da aber bis jetzt kein gesetzlicher Zwang bestand, das Baugeld in zweckentsprechender Weise zu verwenden, mußte auch mit der Möglichkeit gerechnet werden und die praktische Erfahrung lehrte, daß diese Möglichkeit leider sehr oft zur Wirklichkeit wurde — daß ein unsolider und unreeller Bauherr das aufgenommene Baugeld nicht dazu verwendet, seine Bauschulden zu bezahlen, sondern daß er damit teils frühere Schulden bereinigt, die mit dem Bau in keiner Beziehung stehen, teils andere Bedürfnisse damit befriedigt, die mit dem Bau nichts zu tun haben. Die Folgen einer solchen Handlungsweise machen sich bei den Baugläubigern geltend, die hoffen durften, durch das zu ihren Gunsten aufgenommene Baugeld gesichert zu sein, um dann später sehen zu müssen, daß das Grundstück zwar mit einer hohen, ihnen vorausgehenden Baugeldhypothek belastet ist, daß aber das Geld, für dessen Rückzahlung das Grundstück mit dem von den Baugläubigern errichteten Gebäude in erster Linie haftet, in die Taschen anderer am Bau unbeteiligter Personen geflossen ist.

Auch die Terrainverkäufer, die der Baugeldhypothek zum Zweck der Bebauung des Grundstückes den Vorrang eingeräumt haben, und die ihnen zustehenden Rechte, trugen, wie Budde an angegebener Stelle weiter ausführt, nicht wenig dazu bei, den Gläubigern den Schutz des § 648 illusorisch zu machen. Dem Terrainverkäufer als nachstehendem Gläubiger hat § 1179 B. G. B. einen besonderen Schutz gewährt, indem ihm, wenn der Eigentümer sich zur Löschung einer eventuellen Eigentümerhypothek ihm gegenüber verpflichtet hat, das Recht zusteht, zu seiner Sicherung eine Vormerkung bei der Baugeldhypothek eintragen zu lassen. Durch diese sichern sich die Terrainverkäufer die unbedingte Rangfolge nach der verwirklichten Baugeldhypothek und schließen somit Zessionare und andere Gläubiger des Eigentümers von jeder wirksamen Sicherung ihrer Ansprüche aus. (Ueber den Rang der Gläubiger, die eine Eigentümerhypothek gepfändet haben, siehe auch die Ansicht des Reichsgerichts bei Budde l. c.)

Wie sehr die Baugläubiger weiterhin durch die Belastung des Grundstücks mit einer zu hohen Kaufgeld-

hypothek geschädigt werden, geht aus dem oben (Seite 38 nnd 39) angeführten Beispiele hervor.

Daß den Baugläubigern in ihrer mißlichen Lage, in der sie sich trotz des Schutzes des § 648 befanden, energische Hilfe dringend not tat, dürfte nun erwiesen sein.

Von manchen Schriftstellern war vorgeschlagen worden, eine Besserung der Verhältnisse durch Ausdehnung anderer Vorschriften, die sich auch auf das Bauwesen beziehen, zu versuchen, so durch Verschärfung der §§ 35 Abs. 5, 53a, 54 Abs. 2, 133 R.G.O., §§ 320, 367 St.G.B. Daß hiermit bloß halbe Arbeit gemacht worden wäre, sehen wir aus den Mängeln des § 648, die auch durch eine Ausdehnung obiger Vorschriften nicht hätten beseitigt werden können; ausreichende Abhilfe konnte nur mit einer Erweiterung und Verbesserung des § 648 und der mit ihm zusammenhängenden Bestimmungen des B.G.B. geschaffen werden; da einerseits dies über den Rahmen einer redaktionellen Aenderung des § 648 hinausgegangen wäre, andererseits § 648 sich für kleinere Orte mit geringer Bautätigkeit als ausreichend erwies, war die Erlassung eines neuen Gesetzes notwendig. Dem B.F.S.G. den Vorwurf zu machen, es sei im Hinblick auf § 648 nicht notwendig gewesen und daher unbillig, hieße nicht nur die Bedeutung des § 648 für den Schutz der Baugläubiger weit überschätzen, sondern auch den letzteren zumuten, eine offenkundige Benachteiligung zugunsten von Nichtbaugläubigern ruhig hinzunehmen.

Im Verhältnis zu § 648 bringt das B.F.S.G. eine Reihe von Garantien dafür, daß die Baugläubiger von einer Benachteiligung durch den Bauherrn möglichst geschützt und Verluste bei Beitreibung der Forderungen tunlichst hintangehalten seien. Neben den „Allgemeinen Sicherungsmaßregeln" in seinem ersten Abschnitt (§§ 1 bis 8) gewährt das neue Gesetz einen weitergehenden dinglichen Schutz wie § 648 in seinem zweiten Abschnitt (§§ 9 67) betreffend die dingliche Sicherung der Bauforderungen.

1.

Die Allgemeinen Sicherungsmaßregeln, die erst durch die Beratung im Reichstag eingefügt wurden, bestehen aus drei Vorschriften, die sich mehr als Verhaltungsmaßregeln für die Bauherrn denn als Rechte der Baugläubiger darstellen.

Wie bereits oben dargelegt, besteht eine große Gefahr für die Baugläubiger in einer nicht zweckentsprechenden Verwendung der Baugelder; denn hier wäre das Grundstück mit einer Hypothek — meist für einen hohen Betrag — belastet, während die Summe, für deren Rückzahlung nun das bebaute Grundstück haftet, zur Werterhöhung der Baustelte gar nicht oder nicht in dem Maße, wie bestimmt, beigetragen hat.

Diese Gefahr sucht § 1 B. F. S. G. zu beseitigen: Der Empfänger von Baugeld ist verpflichtet, das Baugeld zur Befriedigung solcher Personen, die an der Herstellung des Baues auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrages beteiligt sind, zu verwenden. Eine anderweitige Verwendung des Baugeldes ist bis zu dem Betrage statthaft, in welchem der Empfänger aus anderen Mitteln Gläubiger der bezeichneten Art bereits befriedigt hat. Ist der Empfänger selbst an der Herstellung beteiligt, so darf er das Baugeld in Höhe der Hälfte des angemessenen Wertes der von ihm in den Bau verwendeten Leistung oder, wenn die Leistung von ihm noch nicht in den Bau verwendet worden ist, der von ihm geleisteten Arbeit und der von ihm gemachten Auslagen für sich behalten. (Folgt noch im Abs. 3 eine ausführliche Bestimmung des Begriffes „Baugeld".)

Schon dieser § 1 dehnt seinen Schutz nicht bloß auf die durch Werkverträge Verpflichteten aus, er schützt auch solche Personen, die an der Herstellung des Baues auf Grund eines Dienst- oder Lieferungsvertrages beteiligt sind, kommt also einem viel weiteren Personenkreis wie § 648 zugute.

Für die Durchführung der Bestimmung des § 1 wachen zwei Paragraphen, § 5 des B. F. S. G. als strafrechtliches Nebengesetz und § 823 Abs. 2 B. G. B.

Gemäß § 5 einem Spezialstrafgesetz gegen den betrügerischen Bankrott — trifft einen Baugeldempfänger, der bankrott gewerden ist, eine Gefängnisstrafe von nicht unter einem Monate, wenn er vorsätzlich zum Nachteil der bezeichneten Gläubiger den Vorschriften des § 1 zuwiderhandelt.

Eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit, welche die Baugläubiger für den Schaden, der ihnen durch eine Verletzung des § 1 entsteht, schadlos hielte, normiert das Bauforderungsicherungsgesetz selbst nicht; denn aus § 1 allein kann eine solche Schadenersatzpflicht nicht abgeleitet werden. Hier kommt uns § 823 Abs. 2

B.G.B. zu Hilfe. § 1 B.F.S.G. stellt sich nämlich als „ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz" dar; aus der Fassung des Gesetzes und nicht zuletzt aus der oben dargelegten Entwicklung des Schutzes der Baugläubiger tritt klar die Absicht des Gesetzes zutage, die Baugläubiger vor Verlusten zu bewahren, die durch die zweckwidrige Verwendung der Baugelder hervorgerufen wird.

Die Anwendung des § 823 Abs. 2 gewährt den Geschädigten unter Umständen einen doppelten Schutz: schadenersatzpflichtig ist vor allem der Bauherr, der Baugeldempfänger — die Voraussetzungen des § 5 B.G.B. brauchen nicht vorzuliegen —, wenn er das Baugeld zum Nachteil der Gläubiger verwendet, unter Umständen aber auch der Dritte, wenn er nämlich Zahlungen mittels Baugelder entgegennimmt, wissend, daß er dadurch die Baugläubiger schädigt. (Anderer Meinung Jacobi a. a. O. zu § 1 Seite 24: „Die Pflicht zur zweckmässigen Baugeldverwendung ist dem Bauherrn auferlegt lediglich zum Schutze der Baugläubiger, nicht auch des Kapitalisten. Mit Rücksicht auf die in § 5 statuierte Strafnorm qualifiziert sich die widerrechtliche Verwendung des Baugeldes als Verstoß gegen das Schutzgesetz nach § 823, macht daher schadenersatzpflichtig. Eine Beteiligung eines Dritten, d. i. nicht zur Kategorie der Baugläubiger gehörenden Geldempfängers an diesem Delikt mit den Haftungsfolgen des § 830 wird auch dann nicht anzunehmen sein, wenn der Dritte wußte, daß das ihm zugeflossene Geld bestimmungswidrig verwendetes Baugeld war und daß der Bauherr nicht bereits aus eigenen Mitteln Baugläubiger in Höhe des ihm zugewendeten Betrages befriedigt hatte; denn nicht die bestimmungswidrige Verfügung über das Baugeld als solche ist strafbar, sondern nur die vorsätzliche zum Schaden der Baugläubiger betätigte Verwendung und nur unter der Voraussetzung, der künftigen Zahlungseinstellung. Die Strafnorm richtet sich gewissermaßen als Standesdelikt gegen den Baugeldnehmer. Der dritte Empfänger des bestimmungswidrig verwendeten Baugeldes ist also notwendiger Teilnehmer und ist als solcher straflos." Ist wohl zur Begründung, daß § 1 ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz ist, eine Heranziehung des § 5 notwendig? Liegt hier nicht eine Verquickung strafrechtlichen und zivilrechtlichen Verschuldens vor? Wenn man die strafrechtliche Ver-

antwortlichkeit scharf von der zivilrechtlichen scheidet, dürfte die im Texte wiedergegebene Ansicht den Vorzug vor der Meinung Jakobis verdienen.)

Eine weitere Sicherungsmaßregel, die sich zum Teil auch als eine Unterstützung der Vorschrift in § 1 darstellt, enthält § 2 des B.F.S.G.: Zur Führung eines Baubuches ist verpflichtet, wer die Herstellung eines Neubaues unternimmt und entweder Baugewerbetreibender ist oder sich für den Neubau Baugeld gewähren läßt. Ueber jeden Neubau ist gesondert Buch zu führen.

§ 2 normiert dann weiter den Inhalt des Baubuches; es müssen vor allem die beteiligten Handwerker, Arbeiter, Lieferanten, die Höhe des Baugeldes und die Art seiner Verwendung gebucht werden. § 2 gilt zwar nur für Neubauten, wird aber durch § 3 auf Umbauten, zu denen Baugeld gewährt wurde, ausgedehnt, sichert also für Neu- und Umbauten die Durchführung des § 1, da sich aus dem Inhalt des Baubuches, dessen unordentliche oder unterlassene Führung § 6 B.F.S.G. mit Gefängnis oder Geldstrafe bis zum Betrage von 3000 Mark bestraft, ergeben muß, wie das Baugeld verwendet wurde.

Eine weniger bedeutende Sicherungsmaßregel enthält § 4 B.F.S.G. Dieser Paragraph enthält nämlich die Bestimmung, daß jeder Bauleiter an sichtbarer Stelle einen Anschlag anzubringen habe, aus dem der Name und Wohnort des Eigentümers sowie des oder der etwaigen Unternehmer ersichtlich ist. Die Aufnahme dieser Bestimmung, die durch § 7 unter Strafe gestellt ist, ist (Kommissionsbericht Seite 49) damit begründet, daß die durch diesen Paragraphen hergestellte Publizität „zur Wahrung der im Entwurf den Baugläubigern gewährten Rechte notwendig und ein weiteres Mittel zur Beseitigung des Bauschwindels sei".

Diese im B.F.S.G. als Allgemeine Sicherungsmaßregeln bezeichneten Vorschriften waren den gesetzlichen Bestimmungen gegenüber, die bisher den Schutz der Baugläubiger bezweckten — der zivilrechtliche Schutz erschöpfte sich im § 648 B.G.B. — völlig fremd; doch greifen namentlich §§ 1 und 2 bewußt in eine Lücke des § 648 ein, indem sie die Schädigung der Baugläubiger, die ihnen durch eine zweckwidrige Verwendung des Baugeldes drohte, hintanzuhalten suchen.

Um die Bedeutung des ersten Abschnittes des Bauforderungsicherungsgesetzes ins rechte Licht setzen zu können, muß gleich hier auf eine das Verhältnis des

neuen Gesetzes zu § 648 weiter beleuchtende Bestimmung des B. F. S. G., auf § 9 und auf die Folgerungen, die sich aus diesem Paragraphen ergeben, hingewiesen werden.

Wie oben schon des öfteren erwähnt wurde, trat die Unzulänglichkeit des § 648 besonders in großen Städten mit reger Bautätigkeit zutage, für die anderen Gebiete schien der Schutz des B. G. B zu genügen. Um den einzelnen, lokalen Bedürfnissen gerecht werden zu können, schuf der Gesetzgeber gewissermaßen als Regulator den § 9, der bestimmt, daß nur in den durch landesherrliche Verordnung bestimmten Gemeinden im Falle eines Neubaues eine Sicherung der Bauforderungen nach den Vorschriften des zweiten Abschnittes stattfindet. Die Vorschriften des ersten Abschnittes, bei dem dieser Vorbehalt nicht gemacht ist, gelten folglich für das ganze Reich. Mit Rücksicht darauf wird diesen allgemeinen Sicherungsmaßregeln, in denen weite Kreise der Bauhandwerker eine wertvolle Ergänzung des ursprünglichen Entwurfes erblickten, eine nicht minder große Bedeutung beizumessen sein als dem nun zu besprechenden dinglichen Schutz, der nur in gewissen gefährdeten Gemeinden zur Einführung kommen soll. (Bis Sommer 1910 war noch keine landesherrliche Einführungsverordnung ergangen.) (Siehe auch Jacobi a. a. O. zu § 9 Seite 38.)

2.

Die dingliche Sicherung der Bauforderungen regelt der zweite Abschnitt des neuen Gesetzes.

Wie schwierig es war, eine den berechtigten Wünschen der Baugläubiger entsprechende dingliche Sicherung ihrer Forderungen zu schaffen, ergibt sich schon aus der langen Reihe von Jahren, die seit dem ersten Entwurf eines darauf abzielenden Gesetzes — 1897 — bis zur Erlassung des Gesetzes — Juni 1909 — vergingen.

Das Schwierige an der Aufgabe war vor allem, ohne wohlerprobte Einrichtungen des bürgerlichen Rechts, insbesondere des Grundbuchrechtes zu durchbrechen, doch in gewissem Sinne hiervon zu Gunsten der Baugläubiger Ausnahmen festzulegen, um diesen einen wirksamen Schutz für die Deckung ihrer Forderungen einräumen zu können.

Den Richtpunkt für die neue Gesetzgebung zeigte § 648 B. G. B.; die schlimmen Erfahrungen, die man bei der Anwendung des § 648 machen mußte, lehrten nur zu deutlich, woran der Schutz des § 648 krankte.

Ein großer Teil der Schuld an der Unzulänglichkeit des § 648 darf sicher den Bestimmungen des B. G. B. über die Eigentümerhypothek zugeschrieben werden, aber der Hauptgrund, warum die Baugläubiger so große Verluste erlitten, war wohl der, daß die Sicherungshypothek des § 648 viel zu spät im Grundbuch eingetragen wurde.

Hierin Wandel zu schaffen mußte die erste Aufgabe eines Gesetzes sein, welches den bisherigen Schutz der Baugläubiger zu deren Gunsten umändern wollte.

Als hauptsächliches Sicherungsmittel hat das B.F.S.G. ebenso wie § 648 die Sicherungshypothek gewählt. Das Gesetz wollte den Baugläubigern lediglich den sicheren Eingang ihrer Forderungen, soweit es in seiner Macht liegt, erreichen helfen, nicht aber neben der Forderung den Gläubigern noch ein besonderes Vermögensobjekt, wie es die Verkehrshypothek darstelt, verschaffen. Hierzu schien die Sicherungshypothek besonders deswegen geeignet, weil bei ihr ausgeschlossen ist, daß die Hypothek einzeln ohne die Forderung in den Verkehr kommt, also eine Geltendmachung der Hypothek ohne die Forderung unmöglich ist.

Die Verbesserung der Lage der Bauhandwerker sucht das B.F.S.G. dadurch zu erreichen, daß es Maßnahmen getroffen hat, die im Verhältnis zu § 648 der Hypothek einen früheren Rang und damit größere Aussicht auf Deckung verbürgen.

Der Grund, warum die Hypothek des § 648 meist zu spät eingetragen wurde, liegt hauptsächlich darin, daß die Bauhandwerker nicht Zug um Zug leisten können, sondern voraus leisten müssen. § 648 nimmt als Regelfall an, daß der Gläubiger erst dann sich die Sicherungshypothek eintragen läßt, wenn der Bau oder das einzelne Werk vollendet ist; denn der zweite Satz des § 648 läßt deutlich erkennen, daß im ersten Satz die Regel, im zweiten die Ausnahme, daß das Werk noch nicht vollendet ist, enthalten sein soll. Nun läßt freilich § 883 B. G. B. zu, daß zur Sicherung des Anspruches auf Einräumung . . . eines Rechtes an einem Grundstück . . . eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden kann, auch wenn es sich um die Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruches handelt. (Ebenso Oertmann a. a. O. zu § 648 B. G. B. A. M. der Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 648 B. G. B.) Da nun weiterhin § 883 Abs. 3 bestimmt, daß der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet

ist, sich nach der Eintragung der Vormerkung bestimmt, könnte also doch unter Umständen durch eine rechtzeitige Vormerkung bewirkt werden, daß die Hypothek einen Rang erhält, der eine Deckung der Forderung bei einer Versteigerung sichert. Zum Eintrag einer Vormerkung zur Sicherung eines künftigen Anspruches ist aber immerhin notwendig, daß zwecks Erlassung einer einstweiligen Verfügung der künftige Anspruch glaubhaft gemacht werden kann. Diese Aussicht auf eine künftige Forderung wird aber gerade bei Bauten meist in dem Zeitpunkt erst gegeben sein, wo der Bauherr mit Bestellungen an die Bauhandwerker, Arbeiter oder Lieferanten herantritt. Solche Bestellungen werden aber in der Regel erst dann gemacht, wenn das Grundstück gekauft und das Geld für den Bau herbeigeschaft ist, wenn also für diese Summen — Kaufpreis und Baugeld — bereits ziemlich hohe Hypotheken eingetragen sind: und in diesem Augenblick kommt eine Vormerkung regelmäßig zu spät, weil die voreingetragenen Rechte meist den Grundstückswert völlig erschöpfen.

Bei diesen Erwägungen war nun immer vorausgesetzt, daß der Baugläubiger, sobald er sich nur mit dem Bauherrn in Vertragsverhandlungen einläßt, sofort die dingliche Sicherung seiner Forderungen beansprucht. Oft aber und vielleicht gar in der Regel wird die Furcht vor der Konkurrenz anderer Firmen dem Baugläubiger nahe legen, seine Forderung nicht durch das sofortige Verlangen einer dinglichen Sicherung zu erhöhen, namentlich wenn keine besondere offensichtliche Gefahr besteht, Verluste zu erleiden. Der Unternehmer muß eben mit der Möglichkeit rechnen, eine andere Firma könnte ein größeres Risiko auf sich nehmen und ihn — namentlich bei dem im Baugewerbe so stark entwickelten Submissionswesen — von der Beteiligung an diesem Bau ausschließen. Da weiter ein Verzicht auf die Rechte des § 648 jederzeit und ohne jede Form geschehen kann — § 648 gewährt nur ein obligatorisches Recht auf eine dingliche Sicherung — steht einem Werk- oder Dienstvertrage, in dem der Unternehmer auf die Einräumung einer Sicherungshypothek von vornherein verzichtet, nichts im Wege. Je länger freilich der Baugläubiger in Rücksicht auf solche Unterbietungen mit der dinglichen Sicherung seiner Forderungen zuwartet, desto mehr verschlechtern sich die Verhältnisse zu seinen Ungunsten, desto leichter ist es möglich, daß inzwischen

neue Hypotheken auf dem Baugrundstück eingetragen werden, die dann bei einer Zwangsversteigerung den Ausfall der Baugläubiger erhöhen.

Die Hauptaufgabe des B. F. S. G. war es nun, die Verluste der Baugläubiger dadurch abzuschwächen, daß es in den gefährdeten Bezirken dem Hauptübel des § 648 zu Leibe rückte und seiner eigenen Bauhypothek im Gegensatz zur Unternehmerhypothek des § 648 eine sichere Stelle innerhalb des Grundstückswertes einräumte.

Gewisse Grenzen mußten natürlich auch bei dieser weitgehenden gesetzlichen Regelung eingehalten werden. Einerseits kann es nicht, wie die Begründung des Entwurfes hervorhebt, die Aufgabe der Gesetzgebung sein, den Bauhandwerkern den sicheren Eingang ihrer Forderungen zu gewährleisten; das Risiko, welches jeder Gewerbetreibende läuft, kann auch ihnen nicht erspart werden, auch von ihnen muß verlangt werden, daß sie selbst den Schutz gegen Benachteiligung durch unlauteres Geschäftsgebahren in die Hand nehmen. Neben diesen mehr gesetzespolitischen Erwägungen mußten andererseits materiellgesetzliche Vorschriften beachtet werden, die zwar gerade in Verbindung mit § 648 die ungünstige Lage der Baugläubiger teilweise verschuldet haben, andererseits sich aber im übrigen Rechtsleben als sehr nützlich und unentbehrlich erwiesen haben, wie die bewährten Prinzipien des Grundbuchrechtes.

Um die Bauhypothek — so bezeichnet das Gesetz die Hypothek, deren Eintragung die Baugläubiger des § 18 B. F. S. G. schützt — im Range möglichst vorzuschieben und so der Gefahr zu entgehen, der die Baumeisterhypothek des § 648 unterlegen ist, führt das Bauforderungsicherungsgesetz den „Bauvermerk", eine Art Vormerkung ein (§ 11 B. F. S G.). Der Inhalt des Bauvermerkes, den Polenske (Seite 194) nicht als einen bürgerlich-rechtlichen, sondern als einen öffentlich-rechtlichen, gegen den Staat gerichteten Anspruch bezeichnet, erschöpt sich in der Feststellung, daß das Grundstück nun bebaut werden soll; in welcher Höhe und für wen das Grundstück belastet werden soll, läßt diese Eintragung nicht erkennen. Der Bauvermerk wird laut § 11 vor dem Beginne des Baues eingetragen und vertritt im B. F. S. G. die Stelle einer Vormerkung. Analog der Vorschrift des § 883 Abs. 3 bestimmt § 32 des B. F. S. G.: „Der Rang der Bauhypothek gegenüber anderen Rechten

bestimmt sich, unbeschadet der Vorschriften über Baugeldhypotheken, nach der Eintragung des Bauvermerkes. Nießbrauchs- und Wohnungsrechte stehen jedoch der Bauhypothek im Range nach." Für den Rang der Bauhypotkek ist also, wie auch im B.G.B. § 879 Abs. 1, das Prinzip der Priorität maßgebend. Eine bevorzugte Hypothek den Baugläubigern zu gewähren, hat das B.F.S.G. ebenso abgelehnt wie das B.G.B.; man wollte eine Durchbrechung der Grundbuchprinzipien durchaus vermeiden. Wenn nun auch der Bauvermerk vor Beginn des Baues eingetragen wird und zwar von Amtswegen, sodaß ein von Konkurrenzneid diktierter Verzicht einer Firma im Stadium der Vergebung der Arbeiten ausgeschlossen ist (siehe auch § 62 B.F.S.G.), so ist doch damit noch nicht dem Hauptübel des § 648, daß das Grundstück schon vor Eintragung der Sicherungshypothek über seinen Wert hinaus belastet war, abgeholfen: Die Kaufpreisresthypothek ist ohne Zweifel schon eingetragen und daß vor Beginn des Baues zur Zeit der Erteilung der Bauerlaubnis die Baugeldhypothek ebenfalls schon im Grundbuche steht, vermag § 11 nicht zu verhindern, wenn auch selbstverständlich nicht ausgeschlossen ist, daß der Bauherr erst nach Erholung der Bauerlaubnis, also nach Eintragung des Bauvermerkes, die Baugeldhypothek aufnimmt. Den wahren Wert, der der Sicherungshypothek des § 648 gefehlt hat, gibt dem Bauvermerk und damit auch der Bauhypothek § 13 B.F.S.G., der dafür sorgt, daß die Bauhypothek in der Belastung des Grundstückes einen derartigen Rang bekommt, daß bei normalen Verhältnissen mit Sicherheit auf die Befriedigung der Hypothek gerechnet werden kann.

Im allgemeinen sind die Bauten, bei denen eine Sicherung gemäß nach dem zweiten Abschnitt des Bauforderungsicherungsgesetzes stattfindet, genehmigungspflichtig, was je nach den einschlägigen landesgesetzlichen Bestimmungen zu beurteilen ist (für Bayern die Bauverordnung vom 17. Februar 1901 insbesondere §§ 6 und 7). Diese Genehmigung — die Bauerlaubnis des Bauforderungsicherungsgesetzes — darf nun gemäß § 13 in den Bezirken, in welchen der zweite Abschnitt unseres Gesetzes eingeführt ist, von der Baupolizeibehörde nur erteilt werden, wenn nach § 12 die Eintragung eines Bauvermerkes zu unterbleiben hat — dann ist bereits auf eine andere Weise Sicherheit geleistet —

oder wenn der Bauvermerk eingetragen ist und entweder die dem Bauvermerk vorgehenden oder ihm gleichstehenden Belastungen drei Vierteile des Baustellenwertes nicht übersteigen oder in Höhe des Ueberschusses Sicherheit durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren geleistet ist.

In dieser Bestimmung liegt ganz besonders eine Besserstellung der Baugläubiger dem § 648 B. G. B. gegenüber. Ein Zustand, wie er bei Anwendung des § 648 leicht eintreten konnte, daß Nichtgläubiger nicht bloß den Wert des unbebauten Grundstückes, sondern des Grundstückes mit dem darauf errichteten Gebäude für sich in Anspruch nehmen und so die Baugläubiger von der Geltendmachung ihrer Forderungen ohne weiteres ausschließen konnten, ist unter der Herrschaft des zweiten Abschnittes des B. F. S. G. schlechterdings unmöglich. Wenn bei einem Bau ein Bauvermerk eingtragen ist, so bietet das Gesetz den Baugläubigern, die sich bei der Bebauung des Grundstückes beteiligen wollen, Gewähr dafür, daß zu dem Zeitpunkt, wo die Forderungen der Gläubiger fällig sind, das Grundstück im allgemeinen soviel wert ist, daß aus dem Erlöse neben den vorhergehenden und gleichstehenden Rechten die Bauforderungen gedeckt werden können. § 13 B.F.S.G. erreicht damit, daß die Werterhöhung des Grundstücks denen zugute kommt, die diese bewirkt haben. Mindestens ein Viertel des Wertes, den das Grundstück in unbebautem Zustande besitzt, muß den Baugläubigern vorbehalten bleiben: Entweder sind die vorhergehenden Belastungen noch innerhalb der ersten drei Vierteile gelegen, dann fällt der Rest an und für sich unter die Bauhypothek; überschreiten aber die vorhergehenden Rechte die oben angegebene Grenze, so wird der Rest des Grundstückswertes durch eine entsprechende Sicherheitsleistung auf ein Viertel ergänzt.

Zu diesem Viertel des anfänglichen Wertes kommt dann die ganze Werterhöhung, die das Grundstück durch die Bebauung erfährt, hinzu, um den Gläubigern für ihre Forderungen zu haften.

Diese Haftung dürfte, von seltenen Ausnahmefällen abgesehen, genügen, um die Baugläubiger für ihre Forderungen sicher zu stellen. Wenn auch nicht behauptet werden kann, daß das Gebäude immer das Grundstück um den Betrag der Baukosten wertvoller macht, so darf man doch sicher annehmen, daß diese Differenz zwischen

Werterhöhung und Baukosten durch das Viertel des ehemaligen Grundstückswertes ausgeglichen wird.

Daß diese Schätzung des Grundstückswertes, die zur Ermittelung der obigen Verhältnisse notwendig ist, nicht zu Ungunsten der Baugläubiger ausfällt, verbürgt die Einführung von Bauschöffenämtern (§§ 9 Abs. 2, 50 ff. B.F.S.G.). Die Bauschöffen, denen § 15 die Feststellung des Baustellenwertes überträgt, sollen mindestens zur Hälfte aus Bausachverständigen bestehen, die, weil sie meist in der Rolle des Baugläubigers auftreten, aus eigenem Interesse all ihren Einfluß dahin geltend machen werden, daß die Schätzungen vorsichtig ausfallen. Zudem werden bei der Feststellung des Stellenwertes nach § 14 Z. 1 Hypotheken und Grundschulden mit ihrem Kapitalbetrag und zweijährigen Zinsen eingerechnet, sodaß also, wenn man an einer 5%igen Verzinsung festhält, die voreingetragenen Rechte um 10% zu hoch gegriffen sind. Das Viertel, das mit dem Gebäude für die Forderungen der Baugläubiger haftet, erhöht sich also von 25% auf 35% des Baustellenwertes.

Wie wir sehen, bietet das Bauforderungsicherungsgesetz die weitgehendsten Garantien dafür, daß die Bauhypothek, von absonderlichen Ereignissen abgesehen, innerhalb des Wertes des bebauten Grundstückes zu stehen kommt, daß also bei Versteigerungen im allgemeinen damit gerechnet werden kann, daß der Erlös aus dem Grundstück auch noch zur Deckung der Bauhypotheken ausreicht und zwar auch dann, wenn die durch die Bebauung des Grundstückes bewirkte Werterhöhung die Baukosten nicht ganz zu decken vermag.

Diese Sicherung der Bauforderungen wird auch durch eine billige Rücksichtnahme auf die Baugeldgeber, die § 34 B.F.S.G. regelt, nicht gefährdet. Dieser Paragraph bestimmt, daß einer der Bauhypothek nachstehenden Baugeldhypothek der Vorrang vor der Bauhypothek und den dem Bauvermerke gleichstehenden Belastungen gebührt, soweit durch eine in Anrechnung auf das Baugeld geleistete Zahlung eine Bauforderung getilgt worden ist; das Gleiche gilt in Ansehung einer Zahlung, die in Anrechnung auf das Baugeld an den Eigentümer in Höhe einer von diesem getilgten Bauforderung bewirkt worden ist. Daß diese Bestimmung der Sicherung der Baugläubiger keinen Abbruch tun kann, ergibt sich aus der Erwägung, daß je mehr Baugeld der Bauherr zur Bezahlung der Baugläubiger verwendet, desto niedriger

die Forderungen der Baugläubiger werden, daß demnach in dieser Höhe auch die Sicherheit in entsprechendem Verhältnis abnehmen darf, ohne eine Gefährdung der restigen Ansprüche zu bewirken.

Außerdem wird durch diese Vorschrift — wie schon durch die Verpflichtung zur Führung eines Baubuches — eine weitere Garantie dafür geschaffen, daß die Baugelder zweckentsprechend zur Befriedigung der Baugläubiger verwendet werden. Der Baugeldgeber hat Interesse daran, daß seine Hypothek den Vorrang vor der Bauhypothek erlange. Diese Aussicht, seine Hypothek sicherer zu stellen, wird den Baugeldgeber veranlassen, auf den Baugeldnehmer, den Bauherrn, einzuwirken, daß dieser seinen Verpflichtungen gemäß § 1 nachkomme. Verwendet dann der Eigentümer das Baugeld zur Bereinigung der Bauforderungen, so fällt für die befriedigten Baugläubiger das Interesse an einer dinglichen Sicherung weg, was sich dann in Unterlassung von Forderungsanmeldungen zugunsten des Eigentümers bemerkbar macht.

Aus den bisher angezogenen Bestimmungen über die Bauhypothek können wir ersehen, wie das B.F.S.G. bestrebt war, seine Hypothek vor allem von dem Hauptfehler der Sicherungshypothek des § 648 freizuhalten, indem es hinreichend Garantien dafür schuf, daß seine Bauhypothek bei einer etwaigen Zwangsversteigerung aus dem Erlös des bebauten Grundstückes befriedigt werden kann. Inwieweit das Gesetz tatsächlich dieses angestrebte Ziel erreicht hat, darüber fehlen bis jetzt Erhebungen. In Bayern ist bis heute der zweite Abschnitt des B.F.S.G. noch nicht eingeführt.

Als ein weiterer Grund der Unzulänglichkeit des § 648 wurden oben die Bestimmungen des B.G.B. über die Eigentümerhypothek angeführt. Durch Veräußerung der Eigentümerhypothek konnte es ermöglicht werden, daß Nichtbaugläubiger mit ihrer Hypothek im Range vor den Baugläubigern kamen und so diesen das Recht, die Werterhöhung des Grundstückes für sich auszunützen, streitig machten.

Auch in dieser Hinsicht sucht das Bauforderungsicherungsgesetz einen dem § 648 gegenüber sichereren Rechtszustand herbeizuführen: § 29 Abs. 2 zufolge kann, wenn sich ein Teil der Bauhypothek in eine dem Eigentümer des Grundstückes zufallende Grundschuld verwandelt, diese nicht zum Nachteile der den Baugläubigern

verbleibenden Bauhypothek geltend gemacht werden; § 29 Abs. 3 wendet die Bestimmungen des § 29 Abs. 2 entsprechend an, wenn ein Teil der Bauhypotkek in eine gewöhnliche Hypothek, eine Grundschuld oder Rentenschuld umgewandelt oder wenn an die Stelle einer Bauforderung, für welche die Bauhypothek besteht, eine andere Forderung gesetzt wird.

Diese Bestimmungen bürgen dafür, daß den Baugläubigern nicht ihre Rechte, die ihnen das B. F. S. G. einräumt, nachträglich von unberechtigten Dritten verkürzt werden.

Neben der nun besprochenen dinglichen Sicherung der Bauforderungen durch die Bauhypothek, die sich im Verhältnis zu § 648 als eine ungleich wirksamere Haftung der Baustelle darstellt, sieht das B. F. S. G. noch eine weitere dingliche Sicherung durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren von seiten der Bauherren vor. Der Eigentümer des Baugrundstückes kann gemäß § 12 die Eintragung des Bauvermerkes auf seinem Grundstück dadurch abwenden, daß er in der Höhe eines Betrages, der nach dem Ermessen des Bauschöffenamtes den dritten Teil der voraussichtlich entstehenden Baukosten erreicht, Sicherheit durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren leistet.

Eine Abart dieser Sicherheitsleistung ist noch in § 12 Abs. 2 B. F. S. G. aufgestellt: Die Eintragnng eines Bauvermerkes unterbleibt bei Grundstücken des Fiskus und solchen Grundstücken, welche einer Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechts gehören oder einem dem öffentlichen Verkehre dienenden Bahnunternehmen gewidmet sind, bei Grundstücken, die nach landesherrlicher Verordnung ein Grundbuchblatt nur auf Antrag erhalten, ferner bei Grundstücken eines Landesherrn und den Grundstücken, welche zum Hausgut oder Familiengut einer landesherrlichen Familie oder solchen gleich zu achtenden Familien gehören. Die Begründung (S. 27 zu § 2) sagt, es seien dies durchweg Grundstücke, bei deren Bebauung eine Schädigung der Bauhandwerker nicht zu erwarten sei. Deshalb glaubte man von der Eintragung eines Bauvermerkes und einer Bauhypothek einerseits und von einer materiellen Sicherheitsleistung andererseits Abstand nehmen zu dürfen. Um aber für keinen Fall die Baugläubiger solch privilegierter Grundstückseigentümer zu benachteiligen, bestimmt § 12 Abs. 3: Die Eigentümer der im Abs. 2 bezeichneten Grundstücke

haften in Höhe des dritten Teiles der aufgewandten (nicht der voraussichtlich entstehenden) Baukosten den Baugläubigern in gleicher Weise, wie wenn in Höhe dieses Betrages Sicherheit geleistet worden wäre. Dadurch ist die Lage der Bauhandwerker insoweit gebessert, als das Verteilungsverfahren gemäß §§ 41 ff. B.F.S.G. mit der in § 47 gegebenen Einschränkung in diesen Fällen ebenso stattfindet, wie wenn Sicherheit hinterlegt wäre, daß also zunächst nur zwei Drittel der Baukosten ohne weiteres ausgezahlt werden dürfen, daß aber hinsichtlich des letzten Drittels so verfahren werden muß, wie wenn dieses hinterlegt worden wäre; es muß also die in § 45 normierte Frist von einem Monat nach Veröffentlichung der Gebrauchsabnahme abgewartet werden, bis zur Verteilung auch dieses letzten Drittels geschritten werden darf.

Diese drei Maßnahmen — Eintragung eines Bauvermerkes, Sicherheitsleistung in Höhe eines Drittels der voraussichtlichen Baukosten, Haftung von gewissen Grundstückseigentümern in gleicher Weise, wie wenn Sicherheit geleistet wäre — erachtet das Gesetz für genügend, den Baugläubigern einen ausreichenden dinglichen Schutz zu gewähren, der im Verein mit den allgemeinen Sicherungsmaßregeln bei Neubauten — Um-, Ersatz- und Nebenbauten fallen zwar unter § 648, nicht aber unter das B.F.S.G. — die Gläubiger vor zu großen Verlusten bewahren soll. Außerdem kann wohl mit Recht von dem neuen Gesetz eine Verbilligung des Bauens erwartet werden. Nicht nur daß die Sicherheit der Gläubiger auch mittlere und kleinere Firmen konkurrenzfähig hält und so das Uebervorteilen durch Großbetriebe, die heute große Gewinne verdienen und deswegen morgen, wenn das Geschäft mißlingt, auch größere Verluste wagen können, abschwächt — die geschäftliche Ruhe und Sicherheit, die die Gläubiger durch einen genügenden Schutz ihrer Forderungen genießen, ermöglicht es ihnen, auf hohe Risikoprämien, die sie bei unsicherer Geschäftslage nehmen müßten, zu verzichten, was in einer Verbilligung des Bauens in die Erscheinung tritt. So bietet das Gesetz den Bauherren gewissermaßen einen Ersatz für die Verpflichtungen, die es ihnen zum Schutz der Baugläubiger auferlegt.

II. Teil.

Prozessuales Verhältnis des Bauforderungsicherungsgesetzes zum § 648 B. G. B. Inwiefern schliesst die Anwendung des einen Gesetzes die Geltendmachung des anderen aus?

§ 6.

Welche Stellung nimmt das Bauforderungsicherungsgesetz als ganzes dem § 648 B. G. B. gegenüber ein?

Das B. F. S. G. stellt sich nach den bisherigen Ausführungen im Verhältnis zu § 648 als eine umfassende Erweiterung des gesetzlichen Schutzes für die Baugläubiger dar, nicht nur daß der Kreis der berechtigten Personen erheblich vergrößert wurde, auch der Schutz selber ist durch verschiedene Maßnahmen zweckentsprechender und ausreichender gestaltet worden.

Als eine leicht erklärliche Folge freilich davon, daß sowohl durch die Allgemeinen Sicherungsmaßregeln wie durch die Vorschriften über die dingliche Sicherung der Bauforderungen die Lage der Bauhandwerker, Bauarbeiter und Lieferanten erheblich gebessert wurde, mußte sich eine bald mehr, bald weniger stark fühlbare Belastung der Bauherrn bemerkbar machen. Wenn auch von einer besonderen Belästigung der Bauenden durch die allgemeinen Sicherungsmaßregeln nicht gesprochen werden kann, so muß immerhin anerkannt werden, daß namentlich die Vorschriften über die dingliche Sicherung, Hypothekbestellung wie Sicherheitsleistung, im Gegensatz zu § 648 eine erhebliche Belastung der Baustelleneigentümer zugunsten der Baugläugiger mit sich bringen muß. Ist der Bauherr nicht in der Lage, durch ausreichende Sicherheit die Eintragung der Bauhypothek abzuwenden, so wird auf seinem Grundstück eine Hypothek eingetragen für einen Betrag, der gewöhnlich die Summe der Baumeisterhypothek gemäß § 648 nicht um ein geringes überschreiten wird, was namentlich eine Folge von der Aufnahme der Lieferanten und Nachmänner unter die Berechtigten ist. Ist das Grundstück schon über drei Viertel seines Wertes belastet, so kann sich der Bauherr die Bauerlaubnis nur erwirken, wenn er für den Mehrbetrag der Belastung Geld oder Wert-

papiere hinterlegt, was für nicht kapitalkräftige Leute wohl häufig drückend empfunden, nicht selten auch unmöglich sein wird, weil sich niemand zur Beleihung eines schon über drei Viertel seines Wertes belasteten Grundstückes hindrängen wird.

Die Sicherheitsleistung zur Abwendung der Bauhypothek gemäß § 12 Abs. 1 kann gewissermaßen als ein Privilegium kapitalkräftiger Leute angesehen werden. Denn § 12 ist ja aus der Erwägung heraus entstanden, daß den Baugläubigern eines Schuldners, der den dritten Teil sämtlicher Baukosten in barem Geld oder in Wertpapieren hinterlegen kann, nicht um die Deckung ihrer Forderungen zu bangen braucht, daß also für sie eine Sicherung durch Bestellung einer Hypothek nicht mehr geboten erscheint.

So sucht das Gesetz selbst seine in die wirtschaftlichen Verhältnisse der Bauenden tief einschneidenden Bestimmungen möglichst einzuschränken, um eine unnötige Belastung der Schuldner tunlichst zu vermeiden.

Eine weitere starke Einschränkung der neuen gesetzlichen Vorschriften gebietet auch der Umstand, daß eine Neuregelung bloß in manchen Bezirken, wo die Bauspekulation ungesunde wirtschaftliche Verhältnisse herbeigeführt hatte, sich als notwendig erwies. Zudem versprach man sich von der Einführung des ersten Abschnittes des B. F. S. G. eine bedeutende Abnahme der Verluste der Baugläubiger, namentlich durch die Pflicht zur zweckentsprechenden Verwendung der Baugelder. Wo dieses Ziel erreicht wird, wäre die Einführung auch des zweiten Abschnittes von den betroffenen Kreisen als zu weitgehend mit Recht drückend empfunden worden.

Alle diese Umstände legten dem Gesetzgeber nahe, die Einführung des zweiten Abschnittes, der doch nur eine Ausnahmemaßregel für durch den Bauschwindel verseuchte Gemeinden darstellt, nicht für das ganze Reich reichsgesetzlich festzulegen; wollte man den örtlichen Verhältnissen in gebührender Weise Rechnung tragen, so mußte man dazu kommen, es in das Ermessen der Landesgesetzgebung zu stellen, den zweiten Abschnitt durch Verordnung einzuführen (§ 9) oder, wenn die Gefahr vorüber, wieder außer Kraft zu setzen (§ 65). Um vor der Einführung der dinglichen Sicherung alle beteiligten Kreise zu Worte kommen zu lassen, bestimmt § 9 weiterhin, daß vor Erlassung der landesherrlichen Verordnung die Gemeinde, die amtliche Handels-

vertretung, die Handwerkskammer des Bezirks und die gesetzliche Arbeitervertretung zu hören sind.

Wenn nun durch landesherrliche Verordnung für eine Gemeinde der zweite Abschnitt des B. F. S. G. eingeführt ist, fragt es sich, nach welchen gesetzlichen Bestimmungen sich die dingliche Sicherung der Bauforderungen regelt.

Kann ein Baugläubiger für seine Forderung Sicherung nach dem B. F. S. G. und nach dem § 648 B. G. B. verlangen?

Kann der Baugläubiger, nachdem der Bauvermerk eingetragen, somit seine künftige Hypothek vorgemerkt ist, vom Eigentümer verlangen, daß dieser auch zur Eintragung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 seine Einwilligung erteile?

Kann ein Baugläubiger, wenn ein Bauvermerk nicht eingetragen wird, weil Sicherheit geleistet ist, trotzdem verlangen, daß ihm auch eine Hypothek gemäß § 648 bewilligt werde?

Kann ein Baugläubiger eines im § 12 Abs. 2 genannten Eigentümers beanspruchen, daß auf dem Grundstücke auch eine Sicherungshypothek des § 648 eingetragen werde?

Vor Beantwortung dieser Fragen muß nochmals darauf hingewiesen werden, daß sich das neue Gesetz nicht in allen Punkten als eine Erweiterung des § 648 darstellt, daß der Tatbestand des § 648 in dem zweiten Abschnitte des B. F. S. G. nicht ganz enthalten ist.

Während sich die Vorschrift über die Verwendung der Baugelder (§ 1) gemäß § 3 auch auf Umbauten erstreckt, beschränkt sich der zweite Abschnitt auf Neubauten (§ 9). Bei Anbauten, Umbauten, Nebengebäuden kann also von einer dinglichen Sicherung nach dem Bauforderungsicherungsgesetz nicht gesprochen werden. Daß für solche Bauten, die nicht unter das B. F. S. G. fallen, die Bestimmungen des § 648 gelten, steht außer Zweifel; § 648 gewährt ja auch dem Unternehmer eines einzelnen Teiles eines Bauwerkes das Recht, die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück zu verlangen.

Diese Tatsache ist ausschlaggebend für die Beantwortung der Frage, wie sich das Bauforderungsicherungsgesetz als ganzes zum § 648 stellt

Davon, daß § 648 durch die Einführung des zweiten Abschnittes des B.F.S.G. in diesen Gemeinden überhaupt aufgehoben würde, kann wohl keine Rede sein. Als eine erschöpfende Regelung einer Materie durch eine lex specialis, welche die lex prior generalis außer Kraft setzen würde, kann das B.F.S.G. schon um deswillen nicht angesehen werden, weil es, wie oben angedeutet, nicht alle bisher geschützten Forderungen in seinen Schutz einbezieht. Würde man annehmen, daß überall da, wo der zweite Abschnitt des B.F.S.G. eingeführt ist, § 648 aufgehoben würde, so würden alle Unternehmer, welche bei Umbauten, Ersatzbauten, Nebengebäuden beteiligt sind, ihr Recht, gemäß § 648 für ihre Forderungen eine Sicherungshypothek eintragen zu lassen, verlieren, ohne dadurch irgend einen Ersatz an dinglicher Sicherung zu erlangen. Diese Ansicht — wäre sie im Gesetz begründet, würde dieser Zustand eine große Unbilligkeit bedeuten - läßt sich aus dem Gesetz nicht rechtfertigen. Gerade, wo es doch Absicht und Zweck des Gesetzes ist, die Lage der Baugläubiger zu verbessern, wäre es unverständlich, wenn das gleiche Gesetz gewissen Kreisen ihren bisherigen Schutz nehmen wollte, ohne ihnen einen geeigneten Ersatz hierfür zu bieten, zudem man sich nicht scheute, zugunsten der Baugläubiger Maßnahmen vorzuschreiben, die für die Schuldner eine nicht geringe Belastung bedeuten.

Anders gestaltet sich die Frage für die Fälle, die sowohl unter § 648, wie unter das B.F,S.G. fallen. Hier wird die Ansicht vertreten, daß in den Fällen, in denen das B.F.S.G. Anwendung finden kann, eine Anwendung des § 648 ausgeschlossen ist. So führt Hagelberg-Berlin in der Juristischen Wochenschrift 1906 Seite 730 ff, aus: „Nicht ersichtlich ist zwar das Verhältnis des Entwurfes (Hagelberg spricht noch vom Entwurf) zum § 648. Zwar wird man annehmen müssen, daß der Entwurf für die von ihm betroffenen Fälle die Werkunternehmerhypothek erschöpfend regelt, daß also der Unternehmer eines Bauwerkes die Hypothek nur gemäß den Vorschriften des Entwurfes beanspruchen kann. Demnach wird auch ein Unternehmer der infolge Versäumung der Anmeldungsfrist den Anspruch auf die Bauhypothek verloren hat, nicht gemäß § 648 die Einräumung einer Sicherungshypothek verlangen können. Zweifellos ist dies aber mangels einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift keineswegs."

Dieser Ansicht muß aber entgegengetreten werden. Von einer völligen Aufhebung des § 648 im ganzen Geltungsgebiet des Bürgerlichen Gesetzbuches durch das B. F. S. G. kann schon deswegen keine Rede sein, weil das B. F. S. G. nicht im ganzen Reich, sondern nur in einzelnen Gemeinden eingeführt wird. Es wäre aber auch zu weit gegangen, wollte man für die einzelnen Gemeinden, in welchen das ganze Bauforderungsicherungsgesetz gilt, eine völlige Außerkraftsetzung des § 648 behaupten. Wie schon oben dargelegt, trifft das B. F. S. G. nicht alle Fälle, die unter § 648 fallen und daß für alle die Fälle nun jeglicher Schutz aufgehoben sein sollte, darf, da das Gesetz nicht den geringsten Anhaltspunkt hierfür bietet, nicht aus dem Gesetz gefolgert werden.

Zum mindesten schließt die Ansicht Hagelbergs die Behauptung in sich, daß für den einzelnen Bau, der unter das B. F. S. G. fällt, die Anwendung des § 648 ausgeschlossen ist, ohne Rücksicht darauf, ob das B F. S. G. mit seinen Bestimmungen tatsächlich Anwendung findet oder nicht. Auch dieser Anschauung dürfte nicht beizupflichten sein (siehe auch Janker a. a. O. Seite 89, insbesondere seine Ausführungen gegen Hagelberg an dieser Stelle). Abgesehen davon, daß, wenn die angefochtene Ansicht richtig wäre, diese Tatsache eine große Rechtsunsicherheit mit sich brächte, wenn für den einen Bau § 648 gelte, für den anderen Bau lediglich die Einführung des B. F, S. G die Anwendung des § 648 ausschlösse die Ausschließung des § 648 würde nicht ausdrücklich, sondern gewissermaßen automatisch durch das Gesetz selber erfolgen, träte also nach außen hin formell nicht in die Erscheinung — abgesehen weiter davon, daß das Gesetz selbst über die etwaige Aufhebung des § 648 nichts bestimmt, was bei dem heutigen Stand der Gesetzgebungstechnik sicherlich nicht übersehen worden wäre, aus § 65 B. F. S. G. ergibt sich mit Notwendigkeit, daß auch von einer teilweisen Aufhebung des § 648 durch das B. F. S. G. nicht die Rede sein kann. § 65 sieht die Möglichkeit vor, die landesherrliche Verordnung, durch die gemäß § 9 der zweite Abschnitt des B. F. S. G. in Kraft gesetzt wurde, sei es weil der gewünschte Erfolg ausblieb oder weil sich die Verhältnisse derart gebessert haben, daß ein so weitgehender Schutz nicht mehr notwendig erscheint, wieder zurückzunehmen. Hiermit ergäbe sich nach Zurücknahme der landesherrlichen

Verordnung, daß der zweite Abschnitt des B. F. S. G. wieder außer Kraft gesetzt wäre, daß auch § 648, weil durch das erstere Gesetz aufgehoben, der gesetzlichen Kraft entbehren würde, sodaß also zum Beispiel den Baugläubigern bei Neubauten in diesem Gebiete jeder dingliche Schutz entzogen wäre. Um diesem Uebelstande abzuhelfen, müßte man, da § 648 von selber nicht wieder in Kraft treten könnte, sei es durch Landes- oder Reichsgesetz § 648 wieder als Gesetz verkünden, ein Verfahren, das aus dem B.F.S.G. selbst sich sicherlich nicht ableiten läßt.

Außer diesen rein formellen Einwendungen stehen der oben angeführten Ansicht Hagelbergs auch materiellrechtliche Bedenken entgegen. Der Zweck des Bauforderungsicherungsgesetzes war, den Baugläubigern einen ausreichenden Schutz für ihre Forderungen zur Verfügung zu stellen in Gebieten, in denen durch Ueberwuchern einer ungesunden Bauspekulation die reellen Gläubiger, namentlich die Bauhandwerker, in eine wirtschaftlich ungünstige Lage geraten waren. Wenn nun auch diese Momente von den gemäß § 9 zu hörenden Organen für die betreffenden Gemeinden als gegeben erachtet wurden, so ist damit nicht im geringsten die Möglichkeit ausgeschlossen, daß bei manchen Neubauten die Aussichten der Baugläubiger, volle Deckung ihrer Forderungen zu erlangen, derart liegen, daß sie des Schutzes des B.F.S.G. nicht bedürfen. Nun verzichtet freilich jeder Geschäftsmann ungern auf einen Vorteil, aber gerade im Baugewerbe, wo sich das Submissionsunwesen so stark entwickelt hat, zwingt die Konkurrenz die Unternehmer, wenn sie nicht organisiert sind, auf Forderungen zu verzichten, die weitergehen, als es im betreffenden Falle geboten erschiene. Ein direkter Verzicht auf diese Rechte ist ja an sich nicht möglich, weil sowohl der Bauvermerk wie die Bauhypothek von Amtswegen eingetragen werden. Der Verzicht auf die Hypothek kann aber dadurch zum Ausdruck gelangen, daß der Baugläubiger darauf verzichtet, seine Forderung anzumelden; denn nur soweit wirksame Forderungsanmeldungen vorliegen, wird für sie von Amtswegen unter Löschung des Bauvermerkes eine als Bauhypothek zu bezeichnende Hypothek eingetragen, § 27 Abs. 2.

Ein solcher Verzicht ist auch nach § 62 B.F.S.G. ermöglicht und erlaubt. Dort ist nur dafür gesorgt, daß nicht wirtschaftlich Schwächere sich vor Abschluß des

Dienst-, Werk- oder Lieferungsvertrages zu einem Verzicht nötigen lassen, um Arbeit zu bekommen.

Ebenso wie vertragsmäßig kann der Gläubiger auch einseitig auf sein weitergehendes Recht aus dem B.F.S.G. verzichten und sich mit einer geringeren Sicherheit begnügen. Wenn nun ein Verzicht des Gläubigers auf seine Rechte aus dem B.F.S.G. anerkannt wird, warum sollte dieser sich nicht mit einer Sicherungshypothek gemäß § 648 begnügen können, mit einer Hypothek, die allen denen als einzige Sicherung zur Verfügung steht, die zum Beispiel an Umbauten, deren Baukosten die eines Neubaues oft erheblich übersteigen, beteiligt sind? Da sich das Gesetz in seinem zweiten Abschnitte selbst nur als Ausnahmebestimmung betrachtet, kann es den Parteien nicht unmöglich gemacht sein, bei der Regel, bei der Bestimmung des § 648, zu bleiben. Wollte man die obige Frage verneinen, so würde man einerseits den Baugläubigern eine Wohltat aufdrängen, andererseits in manchen Fällen dem Bauherrn eine unnötige Belastung zumuten, weil man ihm unmöglich machte, auch in Fällen, wo seine Gläubiger zustimmten, eine für ihn weniger drückende Sicherung zu stellen; er müßte sich dann an die Bestimmungen des B.F.S.G. halten, weil die Gläubiger jedenfalls nicht geneigt wären, ohne jede gesetzliche ihnen zugesprochene Sicherung zu bauen.

Dies wären die Folgen, wenn die Ansicht, daß durch die bloße Einführung des neuen Gesetzes § 648 aufgehoben würde, berechtigt wäre. Daß diese Ansicht nicht haltbar ist, scheint Hagelberg nun selbst zuzugeben, denn in seiner kommentierten Ausgabe des B.F.S.G. führt er zu § 9 Anm. 3 Seite 38 aus: „Die Sicherung findet nach den Vorschriften dieses Abschnittes statt. Das Gesetz regelt die in ihm enthaltene Materie erschöpfend. Meine in J. W. 06, 731 angedeuteten Bedenken bestehen zwar fort. Der richtige Standpunkt ist aber doch wohl folgender: Andere Arten der Sicherung von Bauforderungen, die in Reichs- und Landesgesetzen geregelt sind, sind nicht völlig aufgehoben. Insbesondere bleibt das Recht des Werkunternehmers — und der Baugläubiger ist vielfach ein socher — auf Eintragung einer Vormerkung und Sicherungshypothek gemäß § 648 B. G. B. an sich unberührt."

Dieser Ansicht dürfte auch beizupflichten sein. Das Bauforderungsicherungsgesetz stellt sich als eine Ausnahmebestimmung für gewisse Gebiete dar und regelt

die von ihm betroffenen Fälle erschöpfend. § 648 wird aber dadurch nicht aufgehoben, sondern besteht wie bisher fort. (Ebenso Janker a. a. O. 89 und 90; über seine abweichende Ansicht hinsichtlich der Generalkaution siehe unten § 8.)

Bevor das Verhältnis des § 648 zu den einzelnen Sicherungsmaßnahmen des B.F.S.G. besprochen wird, möge noch auf die Konsequenzen hingewiesen werden, die Hagelberg aus seiner Ansicht a. a. O. zieht. Er fährt an der zitierten Stelle fort: „Das gilt zunächst für diejenigen Fälle, in denen die Sicherung gemäß diesem Gesetze nicht Platz greift (§ 9 Abs. 1, § 12, § 27), aber auch im anderen Fall. Der einzelne Baugläubiger kann also durch Eintragung einer Vormerkung gemäß § 648 B.G.B. einen Sonderschutz verlangen; eine doppelte Eintragung auf Grund dieser Gesetze ist an sich möglich; eine Eintragung gemäß § 648 jedoch insoweit nicht, als bereits vorher eine Sicherungshypothek gemäß § 27 ff. dieses Gesetzes für die Forderung entstanden ist, denn der § 648 gewährt nur das Recht auf Eintragung einer Hypothek. Dieses Gesetz kennt dagegen solche Beschränkung nicht. Ebenso bleibt jede vertragsmäßige Sicherung von Bauforderungen — durch Pfänder, Hypotheken, Bürgen, Akzepte — neben der in diesem Gesetz geregelten bei Bestand."

Mit diesen Ausführungen nimmt Hagelberg auf eine Weise, die nicht unwidersprochen bleiben darf, Stellung auch zu den anderen nun zu erörternden Fragen.

§ 7.

Bauhypothek und Sicherungshypothek gemäss § 648.

Die Frage, um die es sich vorerst handelt, geht dahin, ob ein Gläubiger, für dessen Forderung bereits eine Bauhypothek gemäß § 27 B.F.S.G. eingetragen ist, noch die Eintragung einer weiteren Sicherungshypothek nach § 648 verlangen kann und ob umgekehrt ein Baugläubiger, der schon die Eintragung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 erwirkt hat, auch noch das Recht des B.F.S.G. auf Eintragung einer Bauhypothek beanspruchen kann.

Nach den oben angeführten Ausführungen Hagelbergs steht dieser auf folgendem Standpunkt: Eine doppelte Eintragung auf Grund beider Gesetzesbestimmungen ist

an sich möglich, eine Eintragung gemäß § 648 aber dann nicht, wenn bereits vorher eine Sicherungshypothek gemäß § 27 B.F.S.G. entstanden ist. Diese Behauptung begründet Hagelberg damit, daß § 648 dem Gläubiger nur das Recht gäbe, sich eine Hypothek eintragen zu lassen; denn wenn die Bauhypothek bereits eingetragen ist, kann dem Baugläubiger, der auch auf Grund des § 648 eine Hypothek beansprucht, entgegengehalten werden, die eine Hypothek, die er zu verlangen habe, sei bereits eingetragen, also eine weitere Eintragung unmöglich. Hiermit kommt Hagelberg natürlich notgedrungen zu dem weiteren Schluß, daß, wenn zuerst die Sicherungshypothek des § 648 eingetragen ist, eine weitere Eintragung auf Grund des B.S.S.G. möglich ist, „weil dieses Gesetz eine solche Beschränkung (der Gläubiger habe nur Anspruch auf eine Bauhypothek) nicht enthält.

Schon dieses merkwürdige Ergebnis, daß es von reinen Aeußerlichkeiten abhängen soll, ob einer zwei Hypotheken oder deren nur eine beanspruchen darf, dürfte die Ansicht Hagelbergs in einem etwas zweifelhaften Lichte erscheinen lassen. Aber angenommen, diese Beweisführung wäre zu halten, so wäre damit die strittige Frage über das Verhältnis des B.F.S.G. zum § 648 kaum gelöst; es wäre damit nur bewiesen, was niemand bestreiten wird, daß § 648 dem Gläubiger das Recht gibt, sich nur eine Hypothek (nicht mehrere) auf Grund des § 648 eintragen zu lassen, nicht aber die Antwort darauf gegeben, ob jemand, zuerst auf das eine, dann auf das andere Gesetz sich stützend, den Schuldner zwingen kann, ihm für eine Forderung zwei Sicherungshypotheken zu bewilligen.

So wenig diese Ausführungen zur Lösung unserer streitigen Frage beitragen, ebenso unhaltbar ist die Beweisführung Hagelbergs. Daß eine Gesetzesauslegung, die ihre Zuflucht dazu nehmen muß, den unbestimmten Artikel „ein“ da, wo es bequem erscheint, als Zahlwort zu erklären, wenig stichhaltig sein kann, bedarf nicht vieler Worte. Mit Fug und Recht könnte man dann auch dem Unternehmer mehrerer Bauwerke das Recht absprechen, für jedes der Bauwerke eine Sicherungshypothek zu verlangen, weil § 648 sich nur auf den Unternehmer eines Bauwerkes oder eines einzelnen Teiles desselben bezieht.

Eine solche von rein äußerlichen Merkmalen ab-

hängige Lösung der Frage nach dem Ineinandergreifen der beiden Gesetzesstellen kann unmöglich befriedigen: Die Lösung muß aus dem Inhalt und Zweck der einzelnen Bestimmungen, aus ihrer Bedeutung für den Schutz der Bauforderungen gesucht werden.

Von diesem Standpunkt aus dürfte man die oben gestellte Frage wohl mit Recht verneinen.

Den einen Teil unserer Frage, ob nämlich nach einer Sicherungshypothek gemäß § 648 noch der Bauvermerk und mit ihm die Bauhypothek eingetragen werden kann, löst uns für die meisten Fälle Wesen und Begriff des Bauvermerkes.

Der Bauvermerk wird nach § 11 vor Beginn des Baues und wie § 13 ergibt, vor Erteilung der Bauerlaubnis, eventuell auch nach Stellung des Antrages auf Erteitung der Bauerlaubnis (§ 16 Abs. 1) von Amtswegen eingetragen. Zu diesem Zeitpunkt wird es in der Regel dem späteren Baugläubiger — der Bauherr weiß noch gar nicht, ob er überhaupt bauen darf — nicht möglich sein, sich eine Vormerkuug auf Grund des § 883 (wenn man diesen Parapraphen überhaupt hier für anwendbar hält, a. M. Kommentar der Reichsgerichtsräte siehe oben Seite 26) oder gar eine Sicherungshypothek selber auf Grund des § 648 eintragen zu lassen, hauptsächlich schon deshalb, weil der spätere Gläubiger jetzt in diesem Zeitpunkte in der Regel noch gar nicht weiß, ob und mit welchen Beträgen er an dem Bau beteiligt werden wird; der Bauherr wird meist erst dann mit den Baugewerbetreibenden in Vertragsverhandlungen eintreten, wenn er die Bauerlaubnis erhalten hat. Es wird sich also kaum die Frage ergeben, ob der Baugläubiger, für dessen Forderung bereits eine Sicherungshypothek gemäß § 648 eingetragen ist, noch ein Recht auf die Bauhypothek hat, die Praxis wird sich lediglich mit dem Fall zu beschäftigen haben, daß ein Baugläubiger, nachdem der Bauvermerk schon eingetragen ist, sich auch auf sein Recht aus § 648 beruft; theoretisch ist natürlich wohl denkbar, daß es einem Baugläubiger gelingt, mit seiner Vormerkung im Range vor dem Bauvermerk zu stehen. Die Lösung der Frage, wie wir sie zu geben versuchen, läßt sich sowohl für den gewöhnlichen wie auch für den praktisch selteneren Fall anwenden, muß also schon deswegen immer zum gleichen Ergebnis kommen, weil sie sich nicht auf Eigenheiten der einzelnen Paragraphen, sondern auf das beiden Be-

stimmungen Gemeinsame, auf die Sicherungshypothek und deren Wesen stützt.

Die Sicherungshypothek gemäß § 1184 B. G. B. ist, wie die alte gemeinrechtliche Hypothek, eine streng akzessorische Hypothek, die von der ihr zugrunde liegenden Forderung vollständig abhängig und mit ihr und ihrem Schicksal aufs engste verbunden ist. Ist für eine künftige oder bedingte Sicherungshypothek eine Vormerkung eingetragen, entsteht aber die Forderung nicht, so kann auch keine Hypothek entstehen, die die Forderung sichern soll, abgesehen von der sogenannten Eigentümerhypothek, die aber mehr den Namen als das Wesen einer Hypothek hat.

Das Wesen der Sicherungshypothek besteht also hauptsächlich darin, daß die Hypothek mit der Forderung aufs engste verknüpt ist. Und diese Eigenschaft der Sicherungshypothek verbietet es auch, daß für die gleiche Forderung zwei Sicherungshypotheken auf demselben Grundstücke eingetragen werden, da sowohl der Grund wie das Ziel des Anspruches auf Bestellung einer Sicherungshypothek in beiden Fällen die gleichen sind. Der Klagegrund ist hier wie dort ein und dieselbe Forderung, das Klagbegehren geht jedesmal auf Einräumung einer Sicherungshypothek auf dem einen Baugrundstück. Daß der Schuldner nicht verpflichtet ist die gleiche Forderung des gleichen Gläubigers zweimal zu erfüllen, bedarf keines weiteren Beweises.

Wenn man von diesem Gedanken ausgeht, muß man im Zusammenhalt mit den Bestimmungen des B. G. B. über die Befriedigung der Hypotheken notwendigerweise zu dem Schluß kommen, daß eine Eintragung zweier Sicherungshypotheken unzulässig ist, wenn sie auf e i n e Bauforderung gestützt werden soll.

Daß diese Ansicht nicht unberechtigt ist, beweist weiter der Umstand, daß nach den Vorschriften unseres bürgerlichen Rechtes die doppelte Sicherung der Forderung durch zwei Hypotheken, auch wenn sie gesetzlich zulässig wäre, vollständig zwecklos wäre. Die Sicherungshypothek ist eine streng akzessorische Sachhaftung, sie kann nur mit der Forderung veräußert werden, die Sicherungshypothek allein ist kein Vermögensobjekt, das in den allgemeinen Verkehr gelangen könnte; sie erschöpft sich vollständig darin, die Beitreibung der direkten Forderung zu sichern, nur in dieser Eigenschaft hat sie auch für den Gläubiger einen Vermögenswert.

Die Wirkung, welche die zweite Hypothek tür den Gläubiger hat, kann demnach nur nach der Bedeutung hin gewürdigt werden, die die Sicherungshypothek auf die Beitreibung der Forderung hat.

Nach § 879 Abs. 1 B.G.B. bestimmt sich das Rangverhältnis unter mehreren Rechten, mit denen ein Grundstück belastet ist, wenn die Rechte in derselben Abteilung des Grundbuches eingetragen sind, nach der Reihenfolge der Eintragungen. Angenommen nun, es war zunächst der Bauvermerk eingetragen, später ist an dessen Stelle die Bauhypothek getreten und nun würde dem Baugläubiger noch eine Sicherungshypothek eingetragen werden. Da der Schuldner eine Forderung nicht freiwillig zweimal bezahlen wird, kann die Zahlung des Hypothekenkapitals nur auf dem Wege der Zwangsvollstreckung versucht werden. Wird nun zum Beispiel die Bauhypothek, die womöglich an erster Stelle steht, befriedigt,, so ist das Forderungsrecht des Gläubigers erloschen. Würde der Gläubiger auch noch weitere Ansprüche auf den Erlös unter Hinweis auf seine Sicherungshypothek gemäß § 648 B.G.B. machen, so könnte der Eigentümer der Geltendmachung der Hypothek gemäß § 1184 auch die Einwendungen, die ihm gegen die Forderung zustehen, entgegensetzen (infolge der akzossorischen Natur der Sicherungshypothek) und damit auf Grund des § 1169 verlangen, daß der Baugläubiger auf seine zweite Sicherungshypothek verzichte. Stünde die Hypothek des § 648 erst im Stadium der Vormerkung, so könnte der Eigentümer gemäß § 886 den Verzicht auf die Vormerkung mit der gleichen Begründung wie den Verzicht auf die Hypothek fordern.

Die Lage des Baugläubigers wäre also nicht im geringsten durch die zweite Hypothek gebessert, da diese bei Verteilung des Erlöses vollständig außer Betracht bliebe.

Es könnte nun aber auch der Fall eintreten, daß der Erlös aus der Zwangsvollstreckung nicht so groß ist, daß damit die Bauhypothek befriedigt werden könnte. Da die Hypotheken Belastungen derselben Abteilung des Grundbuchblattes sind, erfolgt ihre Befriedigung auf Grund des § 879 B.G.B. nach der Reihenfolge der Eintragungen. Für fast alle Fälle dürfen wir annehmen, daß die beiden in Frage kommenden Hypotheken verschiedenen Rang haben. Wenn also die erste Hypothek, meist die Bauhypothek, nicht voll befriedigt werden kann,

so ist der Versteigerungserlös damit verbraucht, die an späterer Stelle stehende, zweite Hypothek müßte also mangels Masse in ihrem vollen Betrage ausfallen. Also auch in diesem Falle wäre eine zweite Sicherungshypothek ohne jede materielle Wirkung, also zwecklos.

Wie schon oben bemerkt, werden wir in den weitaus meisten Fällen damit zu rechnen haben, daß die Bauhypothek schon eingetragen oder wenigstens vorgemerkt ist, wenn der Baugläubiger auch nur formell in der Lage sein wird, sein Recht aus § 648 geltend zu machen. Nicht undenkbar wäre jedoch, daß die beiden hier in Frage stehenden Hypotheken nicht verschiedenen, sondern gleichen Rang hätten. § 46 Abs. 1 der Grundbuchordnung bestimmt nämlich, daß mehrere Eintragungen dann gleichen Rang haben, wenn die Eintragungsanträge gleichzeitig gestellt wurden. Hier wäre an sich die formale Möglichkeit gegeben, daß die beiden Hypotheken gleichzeitig für die Befriedigung aus dem Erlöse in Betracht kommen könnten.

Ist der Erlös so groß, daß beide Hypotheken gedeckt werden könnten, dann liegt der Fall ebenso, wie wenn die beiden Hypotheken verschiedenen Rang hätten: Ist die eine Hypothek voll gedeckt, so stehen dem Eigentümer die Einreden aus §§ 1184 und 1169 B.G.B. zur Verfügung, um die zweite Hypothek wieder wirkungslos zu machen.

Die andere Möglichkeit besteht darin, daß der aus der Versteigerung erlöste Betrag zwar so groß ist, um die eine Hypothek befriedigen zu können, daß aber die andere Hypothek ganz oder teilweise ungedekt bliebe. Es beträgt z. B. der Erlös aus dem Baugrundstück 180 000 M. An erster Stelle steht eine Baugeld- oder Kaufpreisresthypothek in der Höhe von 100 000 M., an zweiter Stelle zwei gleichrangige Hypotheken, eine Bauhypothek zu 50 000 M. und eine Sicherungshypothek gemäß § 648 zu 50 000 M.

Für die beiden Hypotheken stände also ein Betrag von 80 000 M. zur Verfügung. Nach den gesetzlichen Bestimmungen über die Verteilung des Erlöses bekäme nun die eine Hypothek wie die andere je einen Betrag von 40 000 M. Hier käme also die zweite Hypothek bereits für die Berücksichtigung bei der Teilung in Betracht, bevor die erste voll getilgt wäre. Hierin liegt der Unterschied dieses Falles von den bisher besprochenen Fällen. Der Vorteil aber, der hier dem Gläubiger zu

winken scheint, wenn seine beiden Hypotheken zu Recht bestünden, ist nur ein scheinbarer: Mit dem Augenblick, wo der Gläubiger mehr als 50 000 M. bekommt, entsteht seine Verpflichtung, den 50 000 M. übersteigenden Betrag an den Schuldner wieder herauszugeben, weil seine Forderung tatsächlich nur 50 000 M. beträgt. Die Auszahlung eines grösseren Betrages denn 50 000 M. zu verhindern, hilft dem Schuldner zum mindesten die exceptio doli generalis des § 242 B.G.B.: Der Eigentümer des Baugrundstückes schuldet dem Baugewerbetreibenden nur eine Summe von 50 000 M.; hier endet seine Verpflichtung und damit auch das Recht des Gläubigers: Der Gläubiger bekommt also lediglich seine Forderung von 50 000 M. ausbezahlt.

Wenn die beiden Hypotheken gleichen Rang haben, läßt sich auch noch eine dritte Möglichkeit denken, daß der Erlös nämlich so gering ist, daß er nicht einmal den Betrag der einen Hypothek erreicht. Wenn also im vorigen Beispiel statt der 80 000 M. nur 30 000 M. übrig wären, bekäme jede Hypothek einen Betrag von 15 000 M. ausbezahlt, der Gläubiger, dem ja beide Hypotheken zustehen, erhielte also den ganzen Rest.

Ueberblicken wir nun die besprochenen Fälle, in denen wir immer vorausgesetzt, daß beide Hypothen zu recht bestehen, so finden wir, daß die zweite Hypothek teils überhaupt keine Bedeutung bekommt, teils bei gleichrangigen Hypotheken durch Einreden, die sich nicht auf die Ungültigkeit der Hypothek stützen, bedeutungslos gemacht wird und teils für den Gläubiger die gleiche Wirkung hat, als wenn bloß eine Hypothek eingetragen wäre.

Bei den Erörterungen über die gleichrangigen Hypotheken, den einzigen Fällen, wo die zweite Hypothek wirklich eine formelle Bedeutung zu gewinnen vermag, ist aber bis jetzt vollständig unberücksichtigt geblieben, daß diese Fälle wohl theoretisch denkbar, aber praktisch wegen der Natur des Bauvermerkes so gut wie unmöglich sind.

Einerseits wird der Bauvermerk, der gewissermaßen den Platz für die spätere Bauhypothek belegt, schon vor Beginn des Baues eingetragen — die Hypothek des § 648 kann erst eingetragen werden, wenn das Bauwerk oder dessen Teil fertiggestellt ist: Die Hypothek ohne Vormerkung kann also nie den gleichen Rang mit Bauvermerk bekommen. Es kann demnach nur die Vor-

merkung für eine künftige oder bedingte Sicherungshypothek gleichen Rang der beiden in Frage stehenden Hypotheken sichern. Eine solche Vormerkung zugunsten einer künftigen Hypothek ist aber nicht nur tatsächlich meist in dem Augenblicke, wo der Bauvermerk eingetragen wird, unmöglich, weil da der Gläubiger von seiner Beteiligung am Baue nichts weiß, sondern es wird auch (neuerdings vom B. G. B., Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 648) die rechtliche Zulässigkeit einer Vormerkung zugunsten einer künftigen Baumeisterhypothek bestritten.

Wenn man nun auch andererseits die tatsächliche und rechtliche Möglichket einer Vormerkung im obigen Sinne als gegeben erachtet, so muß diese Vormerkung, um für die vorgemerkte Hypothek gleichen Rang mit der Bauhypothek begründen zu können, zu gleicher Zeit mit dem Einlaufen des Ersuchens der Baubehörde um Eintragung des Bauvermerkes beantragt werden, die beiden Anträge auf Eintragung des Bauvermerkes bezw. der Vormerkung müssen gleichzeitig beim Grundbuchamt gestellt werden. Dies könnte bloß Zufall sein, weil dem Baugläubiger die Zeit, in der die Baubehörde das Ersuchen stellt, nicht bekannt ist.

Diese Darlegungen haben uns gezeigt, daß, selbst wenn die zweite Sicherungshypothek berechtigt wäre, der Gläubiger hiervon keinen Nutzen haben würde, daß also ein verständiger Gläubiger an einer doppelten Sicherungshypothek kein wahres Interesse haben kann.

Aus dieser Tatsache, daß eine zweite Sicherungshypothek zwecklos wäre, kann wohl mit Recht geschlossen werden, daß die Ansicht, welche eine Sicherung durch zwei auf demselben Grundstück liegende Sicherungshypotheken mit Rücksicht auf die Natur dieser Grundstückshaftung für unzulässig erklärt, nicht unberechtigt ist. Der rechtliche Grund dieser Ansicht ist und bleibt das Wesen der Sicherungshypothek, hieraus folgt erst, daß eine zweite Sicherungshypothek auf die Sicherung einer Forderung„ für die bereits der Bauvermerk eingetragen ist, keinen Einfluß mehr haben kann.

Diese Ansicht scheint auch die herrschende zu sein. Hagelberg steht, wie aus dem oben wiedergegebenen Aeußerungen hervorgeht, zum Teil auf diesem Standpunkt, Jakobi schreibt in seinem Kommentar zu § 9 Seite 38: § 648 ist, solange der Bauvermerk eingetragen ist, außer Wirksamkeit gesetzt, was sich schon

daraus zwingend ergibt, daß durch den Bauvermerk für die Forderung eine Haftung des gleichen Grundstückes für die Bauforderung bereits besteht und eine zweimalige Haftung des gleichen Grundstücks für die nämliche Forderung an verschiedenen Rangstellen unsinnig wäre. Jakobi bezieht sich also nur auf Hypotheken mit verschiedenem Rang, die obigen Ausführungen dürften aber dargetan haben, daß der Wert zweier gleichrangiger Hypotheken nicht anders zu beurteilen ist.

Unsere Ansicht über das Verhältnis der beiden Hypotheken wird weiterhin dadurch gestützt, daß sie allein dem Geiste des Bauforderungsicherungsgesetzes gerecht werden kann.

Aus verschiedenen Bestimmungen des B.F.S.G. tritt klar das Bestreben des Gesetzgebers zutage, bei allem Entgegenkommen gegen die Wünsche der Baugläubiger auch die gebührende Rücksicht auf die bauenden Grundeigentümer nicht vermissen zu lassen; die Beschränkung des räumlichen Geltungsgebietes des zweiten Abschnittes, die der Haftung des Eigentümers für die Nachmänner, die Möglichkeit, den Bauvermerk durch Sicherheitsleistung abzuwenden, die vereinfachte Haftung der Grundstückseigentümer des § 12, Abs. 2, all diese Vorschriften zeigen uns, wie das Bauforderungsicherungsgesetz bemüht war, überall da, wo es mit den Interessen der Baugläubiger zu vereinbaren war, die Belastung der Eigentümer möglichst zu mindern. Mit diesem Bestreben wäre es wahrlich schlecht in Einklang zu bringen, wollte das Gesetz dem Baugläubiger, den es durch seine Vorschriften ausreichend schützen will, die Befugnis einräumen, neben den Rechten aus dem B.F.S.G. noch einen Anspruch geltend zu machen, dessen Befriedigung für den Gläubiger nicht den geringsten Vorteil, für den Schuldner aber empfindlichen Nachteil mit sich bringen würde.

Wir müssen somit an der Ansicht festhalten:

Den Baugläubigern des B.F.S.G. steht das Recht zu, zur Sicherung ihrer Forderungen die Eintragung einer Bauhypothek auf der Baustelle zu verlangen; wollen sie von diesem Rechte keinen Gebrauch machen — sei es einseitig oder auf Grund eines Vertrages —, so können sie die Forderungs-Anmeldung, die erst eine Eintragung der Bauhypothek nach sich zieht, unterlassen und wenn die Voraussetzungen des § 648 gegeben sind, dessen Schutz in Anspruch nehmen.

§ 648 besteht trotz der Einführung des zweiten Ab-

schnittes des B.F.S.G. fort, kann aber, soweit letzterer tatsächlich zur Anwendung gebracht wird, also der Bauvermerk bezw. die Bauhypothek eingetragen ist, für den gleichen Fall nicht angewandt werden.

§ 8.

Die Sicherheitsleistung nach § 12 Abs. 1 B.F.S.G. und die Sicherungshypothek gemäss § 648 B.G.B.

Bei der Erörterung der sichernden Maßnahmen des B.F.S.G. wurde bereits davon gesprochen, daß das B.F.S.G. als Schutzmaßregel nicht nur wie § 648, die Sicherungshypothek, sondern auch eine qualifizierte Sicherheitsleistung verwendet: Der bauende Eigentümer kann gemäß § 12 Abs. 1 die Eintragung eines Bauvermerkes dadurch abwenden, daß er in Höhe eines Betrages, der nach dem Ermessen des Bauschöffenamtes den dritten Teil der voraussichtlichen Baukosten erreicht, Sicherheit durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren leistet.

Wenn nun der Eigentümer von diesem Rechte Gebrauch macht und die Sicherheit leistet, entsteht die Frage: In welchem Verhältnis steht diese Sicherheitsleistung zu einer Sicherunghypothek des § 648. Kann ein Baugläubiger, obwohl der Eigentümer zur Abwendung des Bauvermerkes Sicherheit geleistet hat, dennoch zu einer Zeit, wo die Sicherung noch besteht, von dem Eigentümer verlangen, daß er ihm für die gleiche Forderung, für die das hinterlegte Geld schon haftet, eine Sicherungshypothek gemäß § 648 bewillige?

Hierüber scheint bis jetzt ziemlich Einstimmigkeit zu herrschen: Die allgemeine Meinung geht dahin, daß trotz der Sicherheitsleistung der Baugläubiger, bei dem die Voraussetzungen des § 648 zutreffen, auf Grund des § 648 B.G.B. die Einräumung einer Sicherungshypothek verlangen kann, sodaß also sowohl das hinterlegte Geld wie das Grundstück für die Tilgung der in Frage stehenden Forderung haftet

Harnier schreibt in seinem Kommentar zum B.F.S.G. in Anmerkung 1 zu § 12: „Natürlich bleibt daneben (d. i. neben der Sicherheitsleistung) das Recht des § 648 auf Einräumung einer Sicherungshypothek in seinem bisherigen Umfang.“ Ebenso Freytag-Haubensack a. a. O Anmerkung 44: „Es bleibt übrigens, wenn Sicherheit geleistet wird, die Vorschrift des § 648 B.G.B. unbe

rührt, sodaß jeder Baugläubiger das Recht hat, für seine Forderung eine Sicherungshypothek vormerken zu lassen."

Die gleiche Ansicht vertritt Jacobi a. a. O. Seite 38 zu § 9: „Soweit dagegen Sicherheit durch Ersatzkaution geleistet (§ 12) oder der Bauvermerk zum Beispiel wegen Fristablaufes (§ 23 Abs. 3) gelöscht ist, besteht für die nicht durch die Bauhypothek gesicherte Forderung die Eintragungsmöglichkeit nach § 648.

Auch der Kommentar der Reichsgerichtsräte zum B. G. B. steht auf dem Standpunkt, daß eine Sicherheitsleistung eine Hypothek gemäß § 648 nicht ausschließt. So finden wir in der Bemerkung 5 zu § 648: Der Anspruch auf die Sicherungshypothek des § 648 oder auf deren Vormerkung wird vor allem in den Fällen von praktischer Bedeutung bleiben, wo der Bauvermerk für den betreffenden Bezirk durch landesherrliche Verordnung nicht eingeführt ist (§ 9 Abs. 1), sodann auch da, wo er wegen vorliegenden Um- oder Reparaturbaues (§ 9 Abs. 1) oder wegen erfolgter Sicherheitsbestellung durch Hinterlegung seitens des Grundeigentümers (§ 12 Abs. 1) oder wegen der persönlichen Haftung gewisser Grundeigentümer (§ 12 Abs. 2) oder in Ermangelung einer wirksamen Anmeldung eines Baugläubigers (§ 27) nicht zur Durchführung kommt."

Diese Ansichten, denen auch Janker a. a. O. Seite 90 huldigt, decken sich zum Teil wörtlich (cf. Freytag-Haubensack) mit der Aeußerung eines Bundesratsvertreters, die dieser in der Kommission für die Vorberatung des Gesetzentwurfes machte: Uebrigens bleibe, wenn Sicherheit geleistet sei, die Vorschrift des § 648 B. G. B. unberührt, sodaß jeder Baugläubiger das Recht habe, für seine Forderung eine Sicherungshypothek vormerken zu lassen.

Daß diese Entscheidung über das Verhältnis der Sicherheitsleistung zur Sicherungshypothek des § 648 nicht so selbstverständlich und „natürlich", wie sie einige der oben genannten Schriftsteller auffassen, ist, betont Hagelberg in der Juristischen Wochenschrift 1906 Seite 730 ff.: Noch zweifelhafter ist die Entscheidung in denjenigen Fällen, wo gemäß § 4 des Entwurfes (d. i. § 12 des Gesetzes) die Eintragung eines Bauvermerkes zufolge geschehener Sicherheitsleistung in Höhe eines Fünftels (jetzt eines Drittels) der Baukosten unterbleibt. Ich möchte nicht annehmen, daß hier der Anspruch des

Baugläubigers aus § 648 auf Eintragung einer Sicherungshypotkek entfällt. Jedenfalls wäre eine gesetzliche Regelung dieser Frage zu wünschen.

In seinem Kommentar zum B.F.S.G. (Anmerkung zu § 9) spricht Hagelberg seine oben angedeutete Ansicht bestimmter aus: Der richtige Standpunkt ist doch wohl folgender: . . . . Insbesondere bleibt das Recht des Werkunternehmers — der Baugläubiger ist vielfach ein solcher — auf Eintragung einer Vormerkung und Sicherungshypothek gemäß § 648 B.G.B. an sich unberührt: Das gilt zunächst für diejenigen Fälle, in denen die Sicherung gemäß dieses Gesetzes nicht Platz greift (§ 91, § 12, § 28)." Auf Grund des von Hagelberg angezogenen § 12 unterbleibt die Eintragung des Bauvermerkes in zwei Fällen, zufolge § 12 Abs. 1 bei Sicherheitsleistnng für ein Drittel der entstehenden Baukosten, gemäß § 12 Abs. 2 bei gewissen Grundstückseigentümern (Fiskus, öffentlich-rechtlichen Anstalten, öffentlich-rechtlichen Körperschaften, landesherrlichen Familien etc.), die zum Ersatz zu einer qualifizierten persönlichen Haftung verpflichtet werden. Freilich kann hier nicht davon gesprochen werden, daß, wie Hagelberg meint, in diesen Fällen eine Sicherung gemäß des B.F.S.G. nicht Platz greift. Hier liegt die Sicherung, die das B.F.S.G. den Baugläubigern gewährt, eben darin, daß für die Forderungen die hinterlegte Summe in dem einem Fall, im anderen Fall die qualifizierte Haftung der oben genannten Grundstückseigentümer gutsteht. Hagelberg steht also ebenfalls auf dem Standpunkte, daß eine Sicherheitsleistung gemäß § 12 Abs. 1 die Geltenmachung des Rechtes aus § 648 nicht ausschließt.

Das Gesetz selber trifft über diesen strittigen Punkt keine direkte Bestimmung. Die Lösung der Frage muß demnach aus dem Geiste des Gesetzes und aus allgemein anerkannten Grundsätzen versucht werden. Wir müssen uns bei der Beurteilung der ganzen Frage auf den Standpunkt des Richters stellen, der darüber zu entscheiden hätte, in welchem Verhältnis die Sicherheitsleistung zur Baumeisterhypothek des § 648 steht. Für die Entscheidnng muß das ausschlaggebend sein, was das neue Gesetz bestimmen müßte, wenn es eine eigene Vorschrift hierüber erlassen wollte. Das Bauforderungsicherungsgesetz muß sich, wenn auch stillschweigend, als das spätere Gesetz mit dem früheren, mit § 648 abgefunden haben. Die Art und Weise, wie dies ge

schehen ist bezw. zu geschehen hat, muß ein Richter, der nur das Gesetz und nicht seine etwa vom Gesetz abweichenden Anschauungen anwenden darf, zu ergründen versuchen.

Das Ergebnis einer solchen Untersuchung über das Verhältnis der Sicherheitsleistung gemäß § 12 Abs. 1 zu der Sicherungshypothek des § 648 dürfte sein: Auch die Sicherheitsleistung schließt, solange sie für die Bauforderungen tatsächlich haftet, eine Geltendmachung des Rechtes aus § 648 aus, weil sie, was sich aus dem Gesetze selbst ergibt, ein vollwertiger Ersatz für die Bauhypothek ist und deswegen auch die Wirkungen der Bauhypothek haben muß. Janker vertritt die Ansicht, daß die Generalkaution eine Geltendmachung des Rechtes aus § 648 B. G. B. nicht ausschließt, obwohl er vorher (Seite 49) zutreffend ausführt, daß die Bedenken gegen die Sicherheitsleistung nicht gerechtfertigt oder doch sehr übertrieben sind.

Bei der Erlassung des Bauforderungsicherungsgesetzes war man sich auf seiten der gesetzgebenden Faktoren im Einverständnis mit den beteiligten Kreisen dessen wohl bewußt, daß die Ausdehnung des Schutzes des § 648, die Einführung des Bauvermerkes und der Bauhypothek für die Eigentümer der zu bebauenden Grundstücke gewisse Beschwernisse mit sich bringen werde. Um nun im gewissen Sinne den Interessen auch der Schuldner entgegen zu kommen, hat es das Gesetz in das Belieben des Eigentümers gestellt, ob er sein Grundstück mit der Bauhypothek belasten lassen oder die Eintragung der Hypothek durch die Sicherheitsleistung abwenden will. Den Behörden ist hier jeder Eingriff entzogen, namentlich eine Entscheidung darüber, ob die Sicherheitsleistung in dem betreffenden Falle tatsächlich die Bauhypothek voll zu ersetzen vermag: Da also der Eigentümer ganz nach freiem Willen die eine oder andere Sicherung der Forderungen wählen kann, muß notwendigerweise angenommen werden, daß das Gesetz beide Sicherungsmaßregeln für völlig gleichwertig ansieht. Denn sonst wäre es unverständlich, daß das Gesetz bei den anerkannten Mißständen im Baugewerbe untätig zusehen wollte, wie einem Teile der Baugläubiger der vom Gesetzgeber für notwendig erklärte gesetzliche Schutz durch die Bauhypothek entzogen und durch einen minderwertigen, durch die Sicherheitsleistung, ersetzt würde, nicht mit Rücksicht darauf, daß in den einzelnen

Fällen tatsächlich eine weniger weitgehende Sicherung genügen würde, sondern lediglich deshalb, weil es der Eigentümer für gut findet, seinen Gläubigern die Sicherung durch die Bauhypothek vorzuenthalten.

Würde der Gesetzgeber nicht davon überzeugt sein, daß die beiden Maßregeln gleich sicher und gleich gut für die Gläubiger sind, so müßte er unter Mitberücksichtigung des Erfahrungssatzes: je größer die Sicherheit für den Gläubiger — desto größer die Belastung für den Schuldner oder dessen Bürgen mit der Möglichkeit rechnen, daß die Sicherung durch den Bauvermerk und die Bauhypothek lediglich auf dem Papier stünde und bloß die Sicherheitsleistung durch Hinterlegung als Sicherung benützt würde. Denn je geringer für den Gläubiger die Aussichten sind, für seine Forderungen Bezahlung zu erlangen, desto größer ist die Hoffnung des Schuldners, nicht ganz zur Begleichung seiner Schulden herangezogen werden zu können. Der Schuldner würde daher in der Regel die Sicherheitsleistung dem Bauvermerke vorziehen. Wenn man dem Bestreben des Gesetzgebers, den Baugläubigern einen genügenden und ausreichenden Schutz zu gewähren, glauben will, kann man ihm diese Ansicht wohl kaum unterschieben. Wäre das Gesetz der Ansicht, daß neben der Sicherheitsleistung auch eine Sicherungshypothek gemäß § 648 zulässig ist, so müßte es, wenn es die Baugläubiger nicht unnötiger Weise doppelt belasten will, die Sicherungsleistung für zu schwach halten, um den Baugläubigern genügende Sicherung bringen zu können. Daß dies für einen Teil der Baugläubiger eine schwere Benachteiligung bedeuten würde, liegt klar auf der Hand. Einen Anspruch auf Berücksichtigung bei Verteilung der Sicherheitsleistung haben sämtliche Baugläubiger des Bauforderungsicherungsgesetzes. Die Sicherheitsleistung des § 12 Abs. 1 sollte nun aber, wenn das Gesetz der herrschenden, von uns angefochtenen Ansicht wäre, durch § 648 unterstützt werden können und unterstützt werden müssen, wenn die Gläubiger genügend gesichert sein wollten. Da der Schutz des § 648 B.G.B. sich nur auf einen kleinen Teil der Gläubiger im Sinne des B.F.S.G. erstreckt, käme auch nur diese kleine Teil nach der Ansicht des Gesetzes zu einer völligen Sicherung, alle die anderen Gläubiger, für die § 648 nicht gilt und denen dieser Paragraph also auch nicht zu Hilfe kommen könnte, müßten also mit einem vom Gesetze selbst als

ungenügend anerkannten Schutze vorliebnehmen, während das Gesetz doch gerade diese Gläubiger, Lieferanten, Nachmänner, Bauarbeiter für schutzbedürftig erachtete und durch seine Maßregeln schützen wollte. Für einen großen Teil der Baugläubiger würde also das Gesetz selbst sich als einen sehr armseligen und unvollkommenen Schutz hinstellen.

Aber auch der andere Teil der Gläubiger, für die § 648 wirklich gilt, wären offensichtlich den Personen gegenüber, die durch Bauvermerk und Bauhypothek geschützt sind, im Nachteil. Wir müssen von der Ansicht ausgehen, daß das Gesetz selbst die Sicherheitsleistung als einen der Bauhypothek nicht gleichwertigen Schutz ansieht. Welche Meinung das Gesetz über § 648 B.G.B. und dessen schützende Kraft hatte, geht daraus hervor, daß es solch einschneidende Maßregeln, wie wir sie im Bauforderungsicherungsgesetz finden, für notwendig hielt, um die Baugläubiger genügend schützen zu können. Und nun sollte das Gesetz glauben, die unvollkommene Sicherung durch Sicherheitsleistung unterstützt durch die noch unvollkommenere Sicherungshypothek des § 648 könnte den Baugläubigern den gleichen Schutz wie die Bauhypothek bringen? Eine solch' unterschiedliche Behandlung der einzelnen Baugläubiger kann aus dem Gesetze nicht zum mindesten abgeleitet werden.

Diese Erwägungen dürften die Ansicht rechtfertigen, daß das Gesetz die Sicherung der Bauforderungen durch Sicherheitsleistung ebenso vollwertig erachtet, wie die durch Eintragung einer Bauhypothek.

Wenn man sich nun nicht scheut, aus diesem Satz die Konsequenzen zu ziehen, müssen wir im Hinblick auf die Ausführungen über die Sicherungshypothek nach § 648 und die Bauhypothek zur Ansicht gelangen, daß auch eine Sicherheitsleistung und das Recht aus dieser hinterlegten Summe Befriedigung zu erlangen die Geltendmachung des Rechtes aus § 648 ausschließt: Wenn die Bauhypothek die Eintragung einer weiteren Sicherungshypothek unmöglich macht — und das wird allgemein anerkannt —, so muß auch die ihr an Wert gleichstehende Sicherheitsleistung die gleiche Wirkung haben und damit eine weitere Sicherungshypothek als überflüssig und deswegen als unzulässig erscheinen lassen.

Dieser Standpunkt würde auch den Interessen des Eigentümers der Baustelle gerecht werden, ohne die den Baugläubigern gegenüber gebotene Rücksicht ver-

missen zu lassen. Die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht muten dem Eigentümer eine doppelte Belastung für die gleiche Forderung zu, wenn sie der Eintragung einer Sicherungshypothek neben geleisteter Sicherheit das Wort reden. Vermutlich entspringt diese Ansicht dem Mißtrauen, das die Vertreter dieses Standpunktes erklärlicherweise dem Werte und der Wirkung der Sicherheitsleistung gemäß § 12 Abs. 1 entgegenbringen — eine Begründung der Ansicht mußten wir leider bei jedem der oben angeführten Schriftsteller vermissen.

Ob dieses Mißtrauen der Sicherheitsleistung gegenüber wirklich gerechtfertigt ist, braucht hier nicht entschieden zu werden und könnte auch bei der „Jugend" des Gesetzes nicht einwandfrei beurteilt werden, da über die Wirkungen des zweiten Abschnittes des B.F.S.G. vornehmlich in Bayern, wo dieser Teil noch gar nicht eingeführt ist, jedes statistische Material mangelt.

Daß aber gerade auf Seite des Gesetzes und der gesetzgebenden Faktoren dieses Mißtrauen nicht geteilt wird, dürften folgende Ausführungen zeigen:

Der unterm 29. April 1907 vorgelegte Entwurf erachtete in seinem § 4 schon die Sicherheitsleistung in Höhe des vierten Teiles der Baukosten für genügend, um den Verlusten der Baugewerbetreibenden gebührend zu steuern. Diese Bestimmung fand aber in Handwerkerkreisen keine Gegenliebe, bei ihnen herrschte, wie der Kommissionsbericht Seite 51 ausführt, nahezu Einstimmigkeit in der Verurteilung dieses Paragraphen als einer Hintertür zur Umgehung des Gesetzes. Es sei in der Tat leicht, auf Hypothek ein Viertel der voraussichtlich entstehenden Baukosten aufzunehmen und sich durch deren Hinterlegung von allen Wirkungen der dinglichen Sicherung der Bauforderung zu befreien. Die Befürchtungen der Bauhandwerker, daß in den Fällen des § 4 seitens des Eigentümers den Baugläubigern vorgehalten werde, ihre Forderungen seien ja durch Hinterlegung gesichert und daß dadurch erreicht werde, daß die Handwerker noch geringere Teilzahlungen auf ihre Arbeiten erhielten und schließlich ebenso wie seither zu Schaden kämen, seien gerechtfertigt.

Trotzdem diesen Ausführungen ein Bundesratskommissar widersprach unter Bezugnahme auf die Verteidigung dieses Paragraphen in erster Lesung — ein Kommissionsmitglied hatte hier sogar die Ansicht ge-

äußert, daß die Hinterlegung eines Viertels der voraussichtlich entstehenden Baukosten den Baugläubigern mehr Sicherheit biete, als der Bauvermerk, weil Bargeld dem Gläubiger wertvoller sei als Sicherungshypotheken — schloß sich die Kommission in zweiter Lesung doch dem Antrag, der dann auch Gesetz wurde, an, daß der Eigentümer die Bauhypothek nur durch Hinterlegung des dritten Teils der Baukosten abwenden könne.

Gerade auf Seite der Bundesratsvertreter hat man offensichtlich eine sehr hohe Meinung von der Wirkung der Sicherheitsleistung gehabt, was ein Beispiel, das ein Bundesratskommissar vorführte, zeigt.

Die voraussichtlich entstehenden Baukosten, führte er aus, betragen zum Beispiel 80 000 M. Die Rohbaugläubiger hätten 40 000 M. zu fordern. Es sei erfahrungsgemäß anzunehmen, daß hiervon bei Fertigstellung des Baues mindestens drei Viertel dieser Forderungen bezahlt seien. Die Rohbaugläubiger hätten also bei der Verteilung der Sicherheit noch 10 000 M. zu fordern; die übrigen Baugläubiger hätten ebenfalls 40 000 M. zu fordern. Es sei erfahrungsgemäß anzunehmen, daß hiervon bei Fertigstellung des Baues mindestens die Hälfte bezahlt sei, sodaß diese Gläubiger bei Verteilung der Sicherheit noch 20 000 M. zu fordern hätten.

Im ungünstigsten Falle stünden also den 30 000 M. Restforderung der Baugläubiger nach Fertigstellung des Baues noch 20 000 M. Sicherheit gegenüber.

Wenn dieses Beispiel den tatsächlichen Verhältnissen entspricht, was wohl kaum bezweifelt werden kann, so ist damit namentlich für den jetzigen Rechtszustand, wo ein Drittel der Baukosten (im obigen Beispiel also nicht 20 000 M. sondern ca. 26 500 M.) hinterlegt werden muß, die Ansicht gerechtfertigt, daß die Sicherheitsleitung in der Tat den Baugläubigern genügenden Schutz zu bieten vermag, zum mindesten ist damit bewiesen, daß die Ansicht des Bundesratsvertreters, dem verschiedene Kommissionsmitglieder zustimmten, zu einem Mißtrauen gegen die Sicherheitsleistung keinen Anlaß bietet. Daß, wie auch in dem obigen Beispiel, die Restforderungen um einen kleinen Betrag die Sicherheit übersteigen, kann nicht ausschlaggebend sein, zumal wenn man bedenkt, daß auch bei einer Zwangsverversteigerung nicht dafür gebürgt ist, daß alle auf dem Grundstück lastenden Hypotheken bis auf den letzten Pfennig gedeckt werden.

Trotzdem nun der Vertreter des Bundesrats mit seinem obigen Beispiel die Berechtigung und den Wert der Sicherheitsleistung anerkannt hat, führt er weiter aus: Uebrigens bleibe, wenn Sicherheit geleistet sei, die Vorschrift des § 648 B. G. B. unberührt, sodaß jeder Baugläubiger das Recht habe, für seine Forderung eine Sicherungshypothek vormerken zu lassen. Daß diese Aeußerung nicht ohne Einfluß auf die Stellungnahme der oben genannten Schriftsteller zu unserer Frage bleiben konnte, liegt auf der Hand. (Vergl. die Zitate Seite 60 incl. 61 oben, Freytag und Haubenback.) Bei einer kritischen Betrachtung der in Frage stehenden Aeußerung, die den Gegnern teilweise als Basis ihrer Behauptungen dient, dürfte man aber, ohne den Worten Zwang anzutun, nicht ohne allen Grund in dem Bundesratsvertreter einen Anhänger unserer Ansicht erblicken. Den Grund zu dieser Behauptung sehen wir darin, daß der Kommissar den Baugläubigern nur das Recht, sich eine Sicherungshypothek nach § 648 vormerken zu lassen, gewahrt wissen wollte, nicht aber das Recht, sich eine Sicherungshypothek wirklich eintragen zu lassen. Sollten die Baugläubiger nach Ansicht des Kommissars neben dem Anspruch auf Berücksichtigung bei der Sicherheitsverteilung auch das Recht des § 648 geltend machen können, so würde er ohne Zweifel sich dahin geäußert haben, daß die Gläubiger für ihre Forderungen eine Sicherungshypothek eintragen, nicht bloß vormerken, lassen können. Aus dieser Aeußerung kann so, wie sie nach dem Bericht gefallen ist, kein Anhaltspunkt dafür entnommen werden, daß den Gläubigern sowohl das Recht aus dem B. F. S. G. wie auch aus § 648 gleichzeitig zur Verfügung stehe, sie ist vielmehr ein Beweis für unsere zum Teil schon dargelegte, zum Teil unten noch zu erörternde Behauptung, daß der § 648, solange das Bauforderungsicherungsgesetz in irgend einer Weise Anwendung findet, nicht angewandt werden kann, daß aber einer Anwendung des § 648 dann, wenn das andere Gesetz überhaupt nicht oder nicht mehr für die Sicherung der Forderungen sorgt, nichts im Wege steht.

Das oben angeführte Beispiel des Bundesratsvertreters ist nicht der einzige Zeuge für die Tatsache, wieviel sich der Gesetzgeber von der Bestimmung des § 12 Ab. 1 versprach. Auch in der amtlichen Begründung finden wir verschiedene Stellen, die das Verhältnis der Bauhypothek zur Sicherheitsleistung be-

leuchten, so Seite 21 im zweiten Absatz: Der Wert der Bauhypothek ist nicht allzu hoch anzuschlagen, denn wenn es zur Zwangsversteigerung kommt, müssen die vorhergehenden Rechte herausgeboten werden, und dies wird den einzelnen Gläubigern schwer fallen. . . . (Seite 22.) Wird Sicherheit geleistet, entweder auf Grund des § 12 oder § 13 (hier hat die Begründung eine Sicherheitsleistung von 25 % nach dem Entwurf, nicht die im Gesetz normierte von 33 1/3 % im Auge), so wird zwar den Baugläubigern eine Hypothek minderen Ranges oder gar keine Hypothek gewährt, sie erhalten aber in Höhe eines Teiles ihrer Forderungen Sicherheit durch Hinterlegung baren Geldes, oder geldwerter Papiere, wodurch der Mangel an hypothekarischer Sicherheit reichlich aufgewogen wird.

Diese Sätze aus der amtlichen Begründung stützen indirekt unsere Ansicht, weil sie dartun, daß der Gesetzgeber Bauhypothek und Sicherheitsleistung für gleichwertig erachtet.

Wäre die entgegengesetzte Ansicht richtig, so würden die Folgen hieraus für die Eigentümer, die Bauherren, wenig erfreulich. Nehmen wir folgendes Beispiel: Die Kosten für einen Neubau in einer Stadt, für die der zweite Abschnitt des B.F.S.G. gilt, belaufen sich nach dem Ermessen des Bauschöffenamtes auf 180 000 M. Der Eigentümer der Baustelle, ein des Bauens unkundiger Privater, überträgt den ganzen Bau einem solventen Baugeschäfte in Generalentreprise, tritt also mit keinem der einzelnen Bauhandwerker, Arbeiter und Lieferanten in unmittelbare Verbindung. Nach den Bestimmungen des B.F.S.G. muß nun entweder ein Bauvermerk eingetragen oder Sicherheit in der Höhe von 60 000 M. hinterlegt werden. Da der Bauherr kapitalkräftig ist, erwirkt er sich die Bauerlaubnis durch Hinterlegung von 60 000 M. Wir nehmen weiter an, daß für den Baugeschäftsinhaber die Voraussetzungen des § 648 gegeben sind. Wenn nun das Baugeschäft sich durch die hinterlegte Summe von 60 000 M. nicht genügend gesichert glaubt, so könnte es nach der von uns angefochtenen Ansicht bei Beginn des Baues nach Vertragsabschluß durch eine einstweilige Verfügung gemäß § 885 eine Vormerkung für eine Sicherungshypothek in der Höhe von 180 000 M. erwirken und nach Entstehung der Forderung die vorgemerkte Hypothek eintragen lassen. So haftet also die hinterlegte Summe und das

Grundstück für eine Forderung. Die Ungerechtigkeit dieses Zustandes leuchtet ohne weiteres ein. Hiermit hätte das Gesetz gerade das Gegenteil von dem erreicht, was es mit § 12 Abs. 1 erreichen wollte. Die ratio legis hinsichtlich des § 12 (§ 4 des Entwurfes von 1907) liegt, wie ein Kommissar des Bundesrates in den Kommissionsverhandlungen (Kom. Ber. Seite 13) ausführte, in der Erwägung, es erfordere die Billigkeit, daß man vermögenden Bauherren, die aus eigenen Mitteln einen erheblichen Teil der Baukosten leisten, die Möglichkeit schaffe, die Sicherung der Bauforderungen mittels Hinterlegung eines Teiles der voraussichtlichen Kosten zu bewerkstelligen. § 12 Abs. 1 stellt sich hiermit als ein Privilegium für kapitalkräftige Bauherren, gewissermaßen als ein Dispens von der Belastung mit der Bauhypothek dar, die der Gesetzgeber um so eher erteilen konnte, als er, wie die oben wiedergegebenen Ausführungen zeigten, die Sicherheitsleistung als einen vollkommenen Ersatz für die Eintragung der Bauhypothek ansah. Wollte das Gesetz neben der Sicherheitsleistung auch noch die Sicherungshypothek zulassen, so hätte es statt einer Erleichterung eine größere Belastung der kapitalstarken Grundeigentümer erreicht: Für jeden Fall wäre eine doppelte Belastung des Bauherrn gegeben, in nicht gar seltenen Fällen käme gerade bei Grundstücken von Kapitalisten die Sicherungshypothek des § 648 an die gleiche Stelle zu stehen, wie die Bauhypothek des B. F. S G., würde also für den Schuldner gleich drückend, für den Gläubiger gleich sichernd wirken wie die Bauhypothek, deren Wirkunge. der Eigentümer durch die Sicherheitsleistung abwenden wollte. Daß solch eine Inkonsequenz, wie sie die herrschende Ansicht dem Gesetz zumutet, von einem Gesetze, daß seine Aufgabe erfüllen will, nicht beabsichtigt sein kann, dürfte auch von den Gegnern anerkannt werden. Eher dürfte dem Geiste des Gesetzes die Ansicht gerecht werden, daß auch die Sicherheitsleistung gemäß § 12 Abs. 1 B. F. S G. eine gleichzeitige Geltendmachung des Rechtes aus § 648 B. G. B. ausschließt, weil sie einen vollgültigen Ersatz für die Bauhypothek bietet, und deswegen auch notwendigerweise voll deren Wirkungen hervorbringen muß.

§ 9.

Qualifizierte Haftung der Eigentümer des § 12. Abs. 2 B.F.S.G. und die Sicherungshypothek gemäss § 648 B.G.B.

Als eine Abart von der Sicherheitsleistung des § 12 Abs. 1 normiert § 12 Abs. 2 und 3 eine qualifizierte persönliche Haftung gewisser Grundstückseigentümer. Hauptsächlich bei Grundstücken des Fiskus und anderer öffentlich-rechtlicher Personen unterbeibt die Eintragung eines Bauvermerkes, diese Eigentümer haften dafür in Höhe des drittem Teiles der aufgewendeten Baukosten den Baugläubigern in gleicher Weise, wie wenn in Höhe dieses Betrages Sicherheit geleistet wäre.

Das Hauptmoment der Sicherheitsleistung, die Hinterlegung einer gewissen Geldsumme oder gewisser Wertpapiere, scheint beim ersten Anblick der gesetzlichen Bestimmung hier wegzufallen; während der Eigentümer, welcher den Bauvermerk durch Sicherheitsleistung abwenden will, eine Summe bei einer landesgesetzlichen Hinterlegungsstelle zugunsten seiner Gläubiger deponieren muß, besteht für die Eigentümer der oben genannten Grundstücke eine solche Verpflichtung nicht. Die Haftung dieser Eigentümer unterscheidet sich bloß insoweit von der gewöhnlichen Schuldnerhaftung, als gewisse Vorsichtsmaßregeln, die bei der Sicherheitsleistung und deren Verteilung zu beobachten sind, auch diesen Schuldnern gegenüber gelten, obwohl keine Sicherheit geleistet ist. Eine geleistete Sicherheit haftet wie das Grundstück auch für die Forderungen der Nachmänner, wenn die Voraussetzungen des § 19 vorliegen. Wenn somit bei Bauten des § 12 Abs. 2 die Nachmänner von ihrem Vormann nicht befriedigt werden, so können sie, was das letzte Drittel der Baukosten anlangt, gemäß § 12 Abs. 3 ihre Befriedigung von dem Eigentümer des fraglichen Grundstückes verlangen, vorausgesetzt natürlich, daß die Nachmänner Baugläubiger im Sinne des § 19 B.F.S.G. sind. Die Pflicht dieser gewissermaßen bevorzugten Bauherren zu sorgfältiger Auswahl der Bauunternehmer soll mit der damit verbundenen erheblichen Beweislast die Verluste verhüten, welche die Bauhandwerker nachgewiesenermaßen gerade bei fiskalischen und kommunalen Bauten häufig durch unzuverlässige Unternehmer erlitten haben.

Es fragt sich nun, ob bei Neubauten von im all-

gemeinen öffentlich-rechtlichen Körperschaften eine Anwendung des § 648 auch in Bezirken zulässig erscheint, wo der zweite Abschnitt des B. F. S. G. eingeführt ist.

Die Vertreter der Ansicht, daß auch bei Sicherheitsleistung gemäß § 12 Abs. 1 eine weitere Sicherung durch § 648 erfolgen kann, stehen notwendigerweise auch hier auf dem Standpunkt, daß der Bauunternehmer die angeführten Grundstücke mit einer Sicherungshypothek nach § 648 belasten könne, obwohl die betreffenden Eigentümer in der oben beschriebenen qualifizierten Weise haften.

Wir haben oben die qualifizierte Haftung der Eigentümer des § 12 Ab. 2 als eine Unterart der Sicherheitsleistung bezeichnet, aber hervorgehoben, daß das Hauptmerkmal einer Sicherheitsleistung, die Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren, hier zn fehlen scheint. Während von den Eigentümern des § 12 Abs. 1 verlangt wird, daß sie ein Stück ihres Vermögens aus ihrer Verfügungsgewalt weggeben und anderen zur Aufbewahrung überlassen, bleiben die Eigentümer des § 12 Abs. 2 in Besitz auch der Summe, die auf besondere Weise den Baugläubigern haften soll. Die Sicherung, die also sonst bei den anderen Gläubigern darin besteht, daß die hinterlegte Summe auch nach völligem Zusammenbruche des Schuldners für ihre Forderungen noch haftet, genießen also die Gläubiger bei den öffentlichen Bauten nicht. Während bei den Fällen des § 12 Abs. 1 die hinterlegte Summe der Verfügung der Personen, die vielleicht an einer vorschriftswidrigen Verwendung des Geldes Interesse haben könnten, entzogen ist, sind die Gläubiger in den Fällen des § 12 Abs. 2 lediglich auf den guten Willen der Eigentümer angewiesen, die Summe nach den Vorschriften des B. F. S. G zu verwenden. Es wäre nun auch an und für sich nicht undenkbar, daß durch irgend welche Zufälle die Vermögensverhältnisse eines der im § 12 Abs. 2 genannten Eigentümers sich so verschlechtern, daß bei einem Zugriff der Baugläubiger auch das letzte Drittel der Baukosten nicht aufgebracht werden könnte, so daß die Vorschrift des § 12 Abs. 2 und 3 B. F. S. G. tatsächlich umsonst gewesen wären. Auf diese Weise würde sich der Mangel einer dinglichen Sicherheit für die Gläubiger sehr zu ihren Ungunsten fühlbar machen.

Wenn man lediglich solche Erwägungen für ausschlaggebend erachtet, müßte man zu der Ansicht kommen,

daß die hauptsächlich bloß persönliche Haftung der hier in Frage stehenden Eigentümer eine dingliche Sicherung durch Hypothekbestellung nicht verdrängen kann; man müßte also die oben gestellte Frage dahin beantworten: Den Baugläubigern eines der im § 12 Abs. 2 aufgeführten Eigentümer steht auch in den Bezirken und bei solchen Bauten, für die der zweite Abschnitt des B.F.S.G. gilt, das Recht des § 648 zu.

Ob aber diese Ansicht die allein richtige ist, dürfte sich im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte und mit Rücksicht auf Zweck und Wesen des § 12 Abs. 2 bezweifeln lassen.

Der jetzige § 12 Abs. 2 entsprang dem § 2 des Entwurfes zum B.F.S.G. Dieser Paragraph wollte für die in Frage stehenden Grundstücke die Anwendung des Gesetzes über die dingliche Sicherung der Bauforderungen vollständig ausschließen, weil dies durchweg Grundstücke seien, bei deren Bebauung eine Schädigung der Bauhandwerker nicht zu erwarten sei.

Die Eigenschaft der Eigentümer als öffentlich-rechtliche Körperschaft, Stiftung, Anstalt, als landesherrliches Familiengut bietet den Baugläubigern schon schlechthin Gewähr dafür, daß ihre Bauforderungen gedeckt werden. Einerseits werden von diesen Eigentümern Bauten nur in Angriff genommen, wenn das hierzu nötige Kapital bereits vorhanden oder doch sicher zu erwarten ist, andererseits verbürgt die Eigenschaft ihrer Organe als öffentliche, eidlich verpflichtete Beamte dafür, daß die für den Bau bestimmten Gelder auch zweckentsprechend verwendet werden; namentlich die Hauptursache der schweren Verluste der Bauunternehmer, die Schädigung durch unreelle und gewagte Spekulationen, dürfte hier vollständig außer Betracht bleiben. Was also die Baugläubiger, die mit den Eigentümern des § 12 Abs. 2 selbst abgeschlossen haben, anlangt, besteht, wie auch die Erfahrung bestätigt hat, kein Anlaß zu einem besonderen Schutz der Baugläubiger; insoweit war § 2 E.B.F.S.G völlig gerechtfertigt.

Daß aber auch die Nachmänner, die nicht mit dem Bauherrn selbst Verträge eingegangen haben, vor Schaden bewahrt bleiben, kann weder die Eigenschaft der Eigentümer als öffentlich-rechtliche Körperschaften noch die ihrer Organe als öffentliche Beamte verhüten. Da das Bauforderungsicherungsgesetz in anzuerkennender Weise den Wunsch nach einem gesetzlichen Schutz der Nach-

männer verwirklichte, indem es dem Bauherrn, der die Arbeit an einen ihm als unzuverlässig bekannten Unternehmer vergibt, für den Schaden, den die Unterakkordanten durch die Geschäftsverbindung mit dem unzuverlässigen Unternehmer erleiden, haften läßt, mußte es auch dafür sorgen, daß die Nachmänner bei Bauten der in § 12 Abs. 2 genannten Eigentümern genügend geschützt seien. Gerade hier zeigte sich auch ein praktisches Bedürfnis nach einem ausgiebigen Schutz. (Siehe den Komm.-Ber. zu § 2 Seite 3.)

Um diesem Bedürfnis abzuhelfen, wurde in der zweiten Lesung durch die Unterkommission (Komm.-Ber. Seite 36) die Bestimmung des § 12 Abs. 2 und 3 eingefügt.

Die Lösung unserer Frage bedürfte nun keines weiteren Wortes, wenn den Eigentümern des § 12 Abs. 2 die gleiche Verpflichtung wie den Eigentümern, die von dem Rechte des § 12 Abs. 1 Gebrauch machen, auferlegt wäre. Aber eine solche Maßnahme hätte, wie ein Kommissar des Bundesrates in der Unterkommission ausführte (Komm.-Ber. Seite 36) für den Fiskus, die Körperschaften, Stiftungen, Anstalten des öffentlichen Rechtes und die übrigen hier in Betracht kommenden Eigentümer eine bei der Kreditwürdigkeit derselben unnötige Erschwerung bedeutet. Es genüge, wenn die Haftung der Eigentümer in Höhe eines Viertels (jetzt eines Drittels) der Baukosten bestimmt werde.

Gerade aus dieser Aeußerung können wir entnehmen, daß die qualifizierte Haftung nach § 12 Abs. 2 und 3 die Sicherheitsleistung der Privaten ersetzen sollte.

Und tatsächlich unterscheidet sich die Haftung nach § 12 Abs. 2 und 3 in nichts von der Sicherheitsleistung des § 12 Abs. 1. Die privaten Baugläubiger müssen, wenn sie Sicherheit leisten wollen, eine Summe bei einer amtlichen Hinterlegungsstelle deponieren. Diese amtliche Hinterlegungsstelle sorgt nun durch ihre Beamten dafür, daß die Kaution den Baugläubigern für ihre Forderungen hafte. Die gleiche Garantie, die dieses Verfahren den Baugläubigern bietet, wird diesen bei den Eigentümern des § 12 Abs. 2 schlechterdings geleistet, ja die Sicherung der Gläubiger dieser Eigentümer ist eine weit grössere als bei der durch einen Privaten geleisteten Sicherheit. Hier darf behauptet werden, daß gewissermaßen in Höhe der ganzen Baukosten Sicherheit geleistet ist. Denn die ganze Bausumme ruht hier in

fast allen Fällen in den Händen öffentlicher Beamter, die zur richtigen Verwendung der Baugelder ebenso verpflichtet sind, wie die Hinterlegungsbeamten zur Aufbewahrung des Drittels der Baukosten.

Davon, daß also die Gläubiger der Eigentümer des § 12 Abs. 2 weniger gut geschützt seien als in den Fällen des § 12 Abs. 1, daß sie demnach noch des Schutzes des § 648, den die anderen Gläubiger nicht beanspruchen können, bedürften, kann keine Rede sein.

Es dürfte demgemäß unsere Frage nach dem Verhältnis der qualifizierten Haftung des § 12 Abs. 2 und 3 zur Sicherungshypothek des § 648 dahin zu beantworten sein: Diese qualifizierte persönliche Haftung stellt sich wie die Sicherheitsleistung des § 12 Abs. 1 als ein vollgültiger Ersatz der Bauhypothek dar, muß also auch, wie diese, eine Geltendmachung des Schutzes des § 648 insoweit und insolange ausschließen, als sie zugunsten der Bauforderungen besteht, will sie nicht den Eigentümern des § 12 Abs. 2, die doch vom Gesetz bevorzugt werden wollten, eine Belastung zumuten, von der Private befreit sind.

§ 10.

Ergebnis der Untersuchungen.

Auf Grund der vorstehenden Ausführungen über das Verhältnis des Bauforderungsicherungsgesetzes zu § 648 B.G.B. stellt sich das neue Gesetz, wie der Kommentar der Reichsgerichtsräte zum § 648 B.G.B. bemerkt, als eine Ergänzung der Vorschrift des § 648, nicht als dessen Ersatz dar; es verlangt aber soweit es nicht bloß eingeführt ist, sondern im einzelnen Fall wirklich Anwendung findet, als erschöpfende Regelung des den Baugläubigern bei diesem Bau zu gewährenden Schutzes angesehen zu werden und schließt demgemäß insoweit eine Anwendung des § 648 B.G.B. aus.

Diese Ansicht rechtfertigt nicht bloß die bedeutende Ausdehnung des Kreises der geschützten Gläubiger, sondern vor allem die durchgreifende Aenderung und Vermehrung der sichernden Maßnahmen. Es wäre mindestens sehr merkwürdig, wenn ein Gesetz, dessen Vorbereitung über zehn Jahre beanspruchte, das für gewisse Bezirke als eine grundlegende Neuregelung des Baugläubigerschutzes angesehen werden will und kann,

den § 648 zu Hilfe rufen würde, um seine eigenen Bestimmungen damit unterstützen zu lassen. An und für sich ließe sich ja nichts dagegen einwenden, wenn das Gesetz den § 648 für alle Fälle zur Anwendung brächte und bei einigen besonderen Schutz erheischenden Bauten neben § 648 noch weitere Sicherungsmaßregeln aufstellen würde. Daß aber neben der Bauhypothek des B.F.S.G. eine Sicherungshypothek gemäß § 648 B.G.B. keinen Platz mehr hat, steht außer Zweifel und wird auch allgemein anerkannt. Nun stellt es das Gesetz in das Ermessen des einzelnen Bauherrn, entweder die Bauhypothek eintragen zu lassen oder seine Gläubiger durch Hinterlegung einer gewissen Summe zu sichern. Sobald nun das Gesetz die Wahl der Sicherungsmittel für den einzelnen Bau aus der Hand gibt, muß es notwendigerweise davon überzeugt sein, daß jedes von ihm wahlweise zugelassene Mittel seinen Zweck gleich gut erfüllt. Es kann nicht einem Teil der Gläubiger, die es mit einem wohlwollenden Bauherrn zu tun haben, durch die Bauhypothek einen ausreichenden Schutz angedeihen lassen, einem anderen Teil der Baugläubiger, weil ihr Bauherr bloß auf seinen Vorteil unter Hintansetzung der Interessen seiner Gläubiger ausgeht, einen weniger weitgehenden Schutz gewähren und diesen durch eine Vorschrift, deren Unzulänglichkeit und Bedeutungslosigkeit die Erlassung dieses Gesetzes selber gebieterisch forderte, verstärken lassen.

Das Bauforderungsicherungsgesetz muß eine konkurrierende Anwendung des § 648, wenn es sich nicht selber der Inkonsequenz und der Ungerechtigkeit zeihen will, unbedingt ablehen.

Trotzdem muß aber nachdrücklich betont werden, daß das Recht des § 648 den Gläubigern an und für sich überall und in vollem Umfange gewahrt bleibt, soweit seine Anwendung nicht mit der des Bauforderungsicherungsgesetzes konkurriert. Hiermit dürften auch etwaige Bedenken, es könnten zufolge unserer Behauptung die Baugläubiger schlechter gestellt sein, als unter der Alleinherrschaft des § 648 B.G.B., zerstreut werden.

§ 648 kann, wie schon angedeutet, bei einem etwaigen Verzicht auf die Bauhypothek oder auf Berücksichtigung bei der Sicherheitsverteilung für den gleichen Bau wieder Bedeutung gewinnen. Das gleiche gilt auch dann, wenn die geleistete Sicherheit verteilt ist, der Baugläubiger aber noch Forderungen gegen den Bau-

herrn hat. Hier hat das B. F. S. G. zu wirken und zu gelten aufgehört, das Grundstück oder der Eigentümer sind durch das B. F. S. G. nicht mehr belastet. Wenn also die betreffende Forderung oder der Forderungsrest unter die Tatbestandsmerkmale des § 648 fällt, steht wohl nichts im Wege, daß hierfür eine Hypothek nach § 648 eingetragen wird. Praktisch wird dieser Fall bloß bei der Sicherheitsleistung werden, weil bei der Zwangsversteigerung auch eine bloß teilweise befriedigte hypothekarische Forderung als untergegangen behandelt wird und nach Untergang der Hypothek kein Vermögensobjekt mehr für den Zugriff der Gläubiger vorhanden ist, nachdem das Grundstück nicht mehr dem Besteller gehört. Von der Eintragung einer Hypothek auf dem Baugrundstück kann demnach in diesem Zeitpunkte keine Rede mehr sein.

Aber gerade bei der Sicherheitsleistung im Falle des § 12 Abs. 1 kann das Recht des § 648 für den Gläubiger von Bedeutung werden. Es wäre nicht unmöglich, daß trotz geleisteter Sicherheit und trotz richtiger Verteilung derselben nicht alle Bauforderungen in ihrem vollen Betrage getilgt werden konnten. Die übrig gebliebenen Forderungen wären also ohne jede gesetzliche Sicherung; zum Schutze dieser Forderungen kann § 648 ohne Zweifel herbeigezogen werden. In diesem Sinne muß auch die Seite 68 zitierte Aeußerung des Bundesratsvertreters (wenn Sicherheit geleistet sei, bleibe das Recht des § 648 unberührt, sodaß jeder Baugläubiger das Recht habe, für seine Forderung eine Sicherungshypothek vormerken zu lassen) verstanden werden. Das Recht des § 648 ist den Baugläubigern nicht genommen, es kann ihnen also auch nicht verwehrt werden, sich die Ausübung dieses Rechtes jetzt für die Zukunft zu sichern, wenn sie sich durch die Maßregeln des B. F. S. G. nicht genügend geschützt glauben. Es muß ihnen also wohl das Recht zugestanden werden, sich eine Vormerkung gemäß § 883 B. G. B. für eine bedingte Sicherungshypothek eintragen zu lassen, nämlich für den Fall, daß ihre Forderung aus der hinterlegten Summe nicht voll gedeckt werden wird.

Einer Anwendung des § 648 steht nichts im Wege, wenn zum Beispiel nach Verzicht der Gläubiger (§ 62 B. F. S. G.) der Bauvermerk gemäß § 27 gelöscht oder die Sicherheit zufolge § 45 Abs. 1 zurückgegeben worden ist. (So auch Kretzschmar in den Blättern für Rechts-

anwendung Bd. 74 Seite 629: Liegen beim Ablauf der Anmeldungsfrist wirksame Anmeldungen nicht vor, so wird der Bauvermerk auf zu stellendes Ersuchen des Bauschöffenamtes gelöscht. Mit dieser Löschung erlischt der Anspruch auf Eintragung der Bauhypothek [aus § 27 Abs. 1] und die Baugläubiger können daher nur noch die Eintragung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 B.G.B. verlangen.)

In allen diesen Fällen hat das B.F.S.G. aufgehört, einerseits die Gläubiger zu schützen, andererseits die Schuldner zu belasten; einer Anwendung des § 648 B.G.B. kann demnach nicht entgegengehalten werden, sie verstoße gegen Grundsätze des Bauforderungsicherungsgesetzes oder mute den Eigentümern für dieselbe Forderung eine doppelte Belastung zu.

Das Verhältnis des Bauforderungsicherungsgesetzes zum § 648 B.G.B. stellt sich nach unseren Ausführungen folgendermaßen dar:

Betrachtet man beide Gesetze vom rechtsvergleichenden Standpunkte aus, so sehen wir in dem Bauforderungsicherungsgesetz eine weitgehende Ausdehnung und Verbesserung des Schutzes, den § 648 den Baugläubigern gewährte; nicht blos der Kreis der Berechtigten ist erheblich weiter gezogen, auch die schützenden Maßnahmen haben eine Verbesserung erfahren, die das Gesetz, wie Harnier sagt, als die „denkbar beste Lösung" der ungemein schwierigen Frage: Wie sollen wir die Baugläubiger ausreichend schützen, ohne gegen bewährte Rechtsinstitute zu verstoßen?" erscheinen läßt.

Diese Bedeutung des Bauforderungsicherungsgesetzes für den Schutz der Baugläubiger muß für die Beurteilung der mehr prozessualen Frage: Inwiefern schließt die Anwendung des B.F.S.G. die Geltendmachung der Rechte aus § 648 B.G.B. aus? maßgebend sein: Das Bauforderungsicherungsgesetz hebt § 648 nicht auf, schließt dessen Anwendung aber grundsätzlich insoweit und solange aus, als es selbst, sei es durch Bauvermerk und Bauhypothek, sei es durch Sicherheitsleistung gemäß § 12 Abs. 1 oder durch die qualifizierte Haftung der Eigentümer des § 12 Abs. 2, im einzelnen Fall den Schutz der Baugläubiger regelt.